

Successio Hypothecaria

Essai d'une théorie nouvelle

THÈSE

*Pour le Doctorat en Droit présentée et soutenue
le Mardi 8 Décembre 1931, à 14 heures*

PAR

Dragomir F. VASILESCO

*Diplômé des Etudes supérieures de Droit Privé, Droit Public
Droit Romain et Histoire du Droit*

Président de Thèse : M. P. COLLINET, Professeur

Suffragants : M. M. FLINIAUX, Professeur

REGNAULT, chargé du cours

EDITIONS ALBERT MECHELINCK

10, Rue Victor-Cousin

PARIS (5^e)

1931



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Successio Hypothecaria

Essai d'une théorie nouvelle

THÈSE

*Pour le Doctorat en Droit présentée et soutenue
le Mardi 8 Décembre 1931, à 14 heures*

PAR

Dragomir F. VASILESCO

*Diplômé des Etudes supérieures de Droit Privé, Droit Public
Droit Romain et Histoire du Droit*

Président de Thèse : M. P. COLLINET, Professeur

Suffragants : M. M. FLINIAUX, Professeur

REGNAULT, chargé du cours

EDITIONS ALBERT MECHLINCK

10, Rue Victor-Cousin

PARIS (5^e)

1931

* 26565

La Faculté a arrêté que les opinions émises dans les dissertations qui lui seront présentées, doivent être considérées comme propres à leurs auteurs et qu'elle n'entend leur donner aucune approbation ni improbation.



A MONSIEUR LE PROFESSEUR PAUL COLLINET

En témoignage de respectueuse reconnaissance.

INTRODUCTION

Faire un travail sur le droit romain, semble à première vue superflu, à une époque où beaucoup d'esprits se demandent à quoi sert ce droit, lorsqu'ils affirment que l'étude des lois modernes se suffit à elle-même, pourvu qu'elle soit éclairée par l'économie politique et par les sciences sociales actuelles. Ils considèrent volontiers le droit romain comme un lest inutile, quelques-uns même comme un obstacle au progrès du droit.

Ceux-ci oublient facilement que toutes nos institutions modernes puisent leurs sources dans le droit romain. Le cadre de toutes nos institutions juridiques, a été créé par ce droit. Nous n'avons fait qu'adapter ces institutions juridiques aux exigences sociales réclamées par le progrès et par le temps. Le fond juridique est resté toujours le même. La forme a pu changer, a pu être façonnée pour un fonctionnement propre à telle ou telle époque, mais la nature juridique, le fond intime, est resté ce qu'il a été en droit romain.

C'est ainsi qu'aucune étude juridique sur le droit moderne ne peut être entreprise sans faire appel aux sources romaines, sa base.

L'étude historique des institutions romaines nous apprend à quelle condition se réalise le progrès du droit, quel est le changement subi sous les différentes influences du temps, quelles sont les innovations introduites. Jamais droit n'a été

plus souple, plus accessible aux idées générales, plus malléable aux exigences pratiques, que le droit romain.

Les Romains ont excellé dans le domaine du droit et nous ont laissé des modèles qui n'ont pas été surpassés. Le droit convenait admirablement à ce peuple, également éloigné du mysticisme et de la subtilité, réaliste et épris d'équité. La culture juridique leur était familière et répandue bien au delà de la sphère des jurisconsultes et des magistrats. La connaissance du droit était à Rome, le fondement solide de ce que nous appellerions aujourd'hui la culture générale (1).

Ainsi, guidés par ces idées et convaincus de la grande importance du droit romain et de son influence sur notre droit moderne, nous nous proposons de faire une étude critique sur la subrogation hypothécaire en droit romain, suivie d'un exposé historique, pour montrer qu'elle a été l'origine de la subrogation moderne.

La subrogation hypothécaire, appelée *successio in locum* par les Romains, fait partie du grand chapitre de la subrogation en général.

La subrogation est un bénéfice concédé à certaines personnes, à l'occasion d'un paiement qu'elles ont fait, bénéfice dont le but est de les aider à recourir contre le débiteur libéré par elles et qui consiste à leur accorder dans une plus ou moins grande mesure, les droits qu'avait le créancier payé contre ce débiteur (2). Elle est donc un moyen de recours et ne permet pas au subrogé de réclamer du débiteur plus qu'il n'a payé lui-même.

Renusson (3) admet que la source de la subrogation se trouve dans le droit romain et il affirme combien les Romains se sont occupés de donner des solutions à tout problème qui

(1) H. Lévy-Bruhl : *Revue des études latines*, 1924.

(2) Beauregard : *Les origines de la subrogation*, p. 1.

(3) Renusson : *De la subrogation*, ch. I., p. 15.

se présentait : « Il n'y a presque pas de chose qui puisse servir à la société civile et au commerce des hommes, sur quoi ils n'aient fait quelques règles et donné quelques lois ».

En effet, l'origine de notre subrogation moderne est double. Elle se trouve dans le bénéfice de cession d'actions et dans la *successio in locum*. Le droit moderne n'a fait autre chose que de réunir par synthèse les résultats que lui avait procurés l'analyse du droit romain. Ici il a fait une institution spéciale de ce qui n'était chez les Romains que le développement naturel et équitable de deux institutions : le bénéfice de cession d'actions et la *successio in locum*.

Les Romains ne se sont pas aperçus de l'analogie frappante de ces deux institutions ou même, l'ayant aperçue, ils ne s'en sont pas préoccupés. Ils appliquaient les deux institutions dans deux domaines différents, quoique au fond ils les regardaient toutes les deux comme ayant la même nature juridique. Cette analogie a été remarquée par les anciens auteurs et ils groupent les deux institutions sous le même titre : de la subrogation, en assignant toujours à toutes les deux la même nature juridique. Le Code Civil n'a fait que consacrer cet état de choses.

L'objet de notre étude portera seulement sur la *successio in locum*, la subrogation hypothécaire. Traitée comme une matière spéciale par les Romains, dans son application au domaine de l'hypothèque, la *successio in locum* a toujours été considérée par les commentateurs et les anciens auteurs comme ayant la même nature juridique que le bénéfice de cession d'actions.

De nouvelles théories, toutes allemandes, apparues vers la moitié du XIX^e siècle, tâchent de démontrer que la *successio in locum* ne procure que le rang hypothécaire, dépourvu de toute action ou moyen de défense. Une autre théorie croit qu'elle procure aussi l'action hypothécaire seule.

Nous allons démontrer dans l'étude suivante que la *successio in locum* produit en droit romain une substitution complète à tous les droits et moyens de défense du créancier hypothécaire payé, qu'elle avait donc la même nature juridique que le ^{*}bénéfice de cession d'actions.

Nous divisons notre travail en cinq parties, chaque partie en chapitres, chaque chapitre en sections et chaque section en points principaux.

La première partie donnera un aperçu général sur la notion de garantie réelle en droit romain, la deuxième les cas de *successio in locum* d'après les textes de droit romain, ce sera une étude dogmatique, la troisième la nature juridique de la *successio in locum*, étude critique et exégétique, la quatrième un exposé historique et la cinquième notre conclusion.

Ainsi : I. — Evolution de la notion de garantie réelle à Rome.

II. — Les cas de *successio in locum*.

III. — La nature juridique de la *successio in locum*.

IV. — Exposé historique sur la *successio in locum*.

V. — Conclusion.

Première Partie

*L'Évolution de la Notion
de Garantie réelle à Rome*

PREMIER CHAPITRE

CARACTÈRE DES GARANTIES DES OBLIGATIONS DANS L'ANCIEN DROIT. QUELQUES CONSIDÉRATIONS SUR L'APPLICATION DES GARANTIES PERSONNELLES ET RÉELLES

1. Création tardive de l'hypothèque. — 2. Les garanties réelles à l'époque classique. — 3. Les garanties personnelles dans l'ancien droit. — 4. Raison d'être : *a)* garantie de moralité; *b)* l'état économique moins développé; *c)* situation à Rome. — 5. Considérations générales sur le caractère des garanties réelles et personnelles.

1. — L'institution romaine, que nous connaissons aujourd'hui sous le nom d'hypothèque, est une création tardive du droit romain. On a dû faire des détours, imaginer d'autres moyens de garantir les obligations entre les individus, avant d'arriver à la notion de l'hypothèque proprement dite.

2. — L'hypothèque est un moyen de crédit. L'obligation d'un débiteur peut être garantie par une personne, une caution qui s'engage pour lui ou avec lui, ou par une chose spécialement affectée à la garantie de la dette et sur laquelle le créancier acquiert dès à présent, un droit certain : nantissement ou gage, hypothèque.

Quelle est la garantie préférable des deux? Suivant les époques l'une ou l'autre a été préférée (1). Quelles ont été les raisons?

(1) Jourdan : *Traité de l'hypothèque*, p. 3.

Le jurisconsulte Sextus Pomponius qui vivait sous Antonin le Pieux et Marc Aurèle, disait : « *Plus est cautionis in re quam in persona* ». D. 50. 17. 25.

Martial (1) dans de charmants vers, adressait d'amers reproches à son ami Thelesinus qui refusait de lui prêter de l'argent, autrement que sur bonne hypothèque.

*Cuum rogo te numos sine pignore, non habes, inquis
Idem, si pro me spondet agellus, habes
Quod mihi non credis veteri, Thelesine, sodali,
Credis colliculis, arboribusque meis
Ecce reum Carus te detulit... adsit agellus.
Exilii comitem quaeris... agellus eat.*

A cette époque (2), donc vers la fin du deuxième siècle de notre ère, la garantie réelle commence à être préférée.

Labéon même nous parle d'un propriétaire qui se contente d'une hypothèque en attendant que son fermier lui donne une caution : « *Cum colono tibi convenit, ut invecta importata pignori essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset : deinde mercedis nomine fidejussorem a colono accepisti. satisfactum tibi videri existimo et ideo illata pignori esse, desisse* ». D. 20. 6. 14.

Scævola, au contraire, nous montre le cas d'un débiteur qui prie — *rogavi te* — son créancier d'accepter une hypothèque comme garantie au lieu d'une caution : « *Mutuatus a te denarios quingentos rogavi te, ne fidejussorem a me, sed pignus acciperes... et ut honesti viri fidem secutus es*. D. 20. 1. 34. 1.

3. — Même à l'époque classique, comme un vestige de l'ancien droit, on rencontre parfois une préférence pour la garantie personnelle, car la manière de voir les garanties était

(1) Martial : *Epigr.* 12. 25.

(2) Antonin le Pieux régna de 138-161 et Marc Aurèle de 161-180.

tout autre aux yeux des anciens Romains qui préféraient la garantie personnelle à la garantie réelle.

4. — a) Cette préférence s'explique par le fait que l'intervention de la caution contenait quelque chose de plus sûr qu'une garantie matérielle, pour la solvabilité du débiteur. Il y avait une attestation d'honnêteté, de moralité.

Ses cautions sont les amis, les parents (1). Voilà pourquoi l'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor* lui est personnelle et ne passe pas à ses héritiers; c'est surtout une responsabilité morale. Gaius Inst. III « *Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur* ».

b) Mais l'explication la meilleure sur la préférence qu'on a pour les cautions, garanties personnelles, est que l'état économique peu développé dans lequel se trouvait le monde romain, ne réclamait pas de sûretés réelles.

Le crédit est nécessaire à une époque avancée où la production a besoin d'impulsion pour une grande activité.

c) A Rome au contraire, avant la conquête, l'état social était encore primitif. C'était un peuple de laboureurs et de pasteurs, de pauvres artisans, de familles qui vivaient des terres du domaine public (2). Dans de pareilles conditions économiques les prêts de consommation étaient les plus usités. Les prêts d'argent n'avaient pas lieu en général et même s'ils existaient, le prêteur voulait surtout, quand il le faisait, rendre un service et il se contentait de la garantie personnelle, basée sur l'honnêteté par des témoignages nombreux et honorables. Que pouvait valoir la garantie sur le pauvre outillage de l'artisan, sur le misérable champ ravagé par la guerre?

Ajoutez à cela l'instabilité de la propriété à la suite de nombreuses guerres et on verra que la garantie réelle ne pouvait pas être recherchée à cette époque.

(1) Jourdan, *op. cit.*, p. 5.

(2) Jourdan, *op. cit.*, p. 6.

Il ne faut pas oublier non plus le caractère de la personnalité des obligations en droit romain, surtout au commencement, qui faisait de la personne de celui qui s'obligeait un assujetti sur lequel on se payait. Ce *vinculum juris* dominait la personne même de l'obligé et des coobligés qui *alienam obligationem in se suscipiunt*.

Mais voilà que les relations économiques se développent, la nécessité du crédit est sentie et au fur et à mesure que nous avançons dans le monde civilisé, la tâche des économistes est de trouver ces moyens de le réaliser. A l'époque classique et même un peu avant, cette nécessité est bien sentie et les jurisconsultes romains cherchent à donner une base juridique à cette nouvelle forme de garantie. Avant de voir comment se forma cette garantie, nous nous arrêterons un peu, sur quelques considérations pratiques et théoriques de la garantie réelle.

5. — Les garanties réelles ont été jugées les meilleures. Leur stabilité, leur impossibilité de disparaître, le droit de les vendre et de les poursuivre entre les mains de tout détenteur, en faisaient des sûretés des plus efficaces.

La confiance personnelle commence à diminuer et la règle est changée : *Plus est cautionis in re, quam in persona*. D. 50. 17. 25.

Mais tout cela peut être un mal au point de vue moral. Ce qui est considéré comme une évolution de la civilisation au point de vue matériel est, assez souvent, un pas en arrière au point de vue moral.

Autrefois, le crédit était basé sur la confiance personnelle, la solidarité de la famille, de la gens, de la tribu, il n'y avait pas besoin d'autres garanties. L'homme avait confiance en son proche et cela lui suffisait. L'idée de spéculer sur l'argent, contre laquelle lutte de toutes ses forces la société moderne, n'existait pas.

Mais au point de vue de la réalisation du crédit et de son efficacité pratique, peut-on considérer les sûretés réelles, comme plus fortes et encore meilleures que les sûretés personnelles?

Ne sommes-nous pas dans un état de mouvement rétrograde, au lieu d'évolution comme nous le croyons? Et cela surtout en temps de crise économique et financière?

Nous préférons la garantie personnelle qui nous paraît assez frappante à une époque primitive, en considérant ses possibilités de réalisation. La notion du crédit paraît avoir changé tandis que le mot est resté. Quand nous disons crédit cela signifie : confiance, avoir confiance dans une personne.

Dans les *rapports* économiques et industriels d'une société avancée au point de vue du commerce, la rapidité des opérations du crédit est une condition primordiale. La constitution du gage matériel, les mesures à prendre pour le conserver, les longueurs et les incertitudes pour le réaliser sont des complications qui s'accordent mal avec la promptitude et la ponctualité qui sont l'âme du commerce et de l'industrie.

La caution personnelle est la meilleure, car elle paie et elle paie sur le champ.

En réalité la base de la garantie des obligations est toujours la confiance personnelle et le gage n'est qu'un point de réalisation au cas extrême de non-paiement. Mais arriver à la vente du gage, cela n'est pas le but du crédit qui réclame une réalisation immédiate. Le gage constitue le point d'arrivée et le créancier pense plutôt à la confiance de son débiteur ou de la caution qu'à la vente de la chose. Car si le créancier pensait seulement au gage et s'il savait d'avance qu'il ne serait pas payé à l'échéance et qu'il lui resterait à s'indemniser sur la vente de la chose gagée, vous pourriez être sûr qu'il ne vous créditerait jamais.

N'assistons-nous pas aujourd'hui à ce phénomène curieux? On préfère vous donner comme caution une personne qui a de l'argent et qui vous paiera certainement à l'échéance à la place du débiteur, au lieu de vous donner une maison comme hypothèque. Car vous êtes sûr des difficultés que vous rencontrerez à la vendre. Formalités, dépenses et ensuite êtes-vous sûr de trouver un acheteur?

Vous restez avec le bien hypothéqué, quand vous avez besoin d'argent. Vous avez donné votre argent qui vous rendait le meilleur service et on vous a donné une maison que vous regardez, faute d'en avoir besoin ou de pouvoir la vendre. Combien sont malheureux aujourd'hui les créanciers qui ne peuvent se faire rembourser de leur argent, car les garanties hypothécaires qu'ils ont, sont inefficaces? Et cela arrive surtout en temps de crise, quand la nécessité d'argent est plus pressante et quand le crédit doit fonctionner le mieux. Qu'est-ce qui provoque, d'ailleurs, les crises économiques et les fait se prolonger? Le manque de confiance; non pas le manque de garanties réelles, matérielles, qui existent toujours et peuvent être en quantité abondante, mais la confiance personnelle. On se méfie toujours des gens et des peuples qui peuvent nous donner les plus fortes garanties matérielles, mais qui n'inspirent pas une confiance personnelle; qui, en un mot, sont de mauvaise foi.

Si l'histoire et le temps actuel n'avait pas démontré cette vérité, nous serions peut-être tenté de croire en la perfection de la garantie réelle.

Mais, nous sommes témoins de cette histoire. Cette garantie réelle constitue, en quelque sorte, seulement un artifice de la technique des sûretés, créé par un monde plus civilisé. Au fond, ce qui constitue la base et le moyen de stimuler le crédit et de le faire fonctionner normalement, c'est la confiance personnelle dans le débiteur et sa **caution**.

Il faut rendre hommage aux anciens Romains, à ces gens pleins de l'esprit de la logique et du sens de la réalité, quand ils ont dit : *Plus cautionis est in persona quam in re*. Cela ne les a pas empêchés de changer la règle.

Quoi qu'il en soit, nous devons chercher dans l'histoire du droit romain, quel a été le caractère et l'évolution de l'hypothèque, garantie réelle.

DEUXIEME CHAPITRE

EXPOSÉ HISTORIQUE SUR LA FORMATION DE LA NOTION DE L'HYPOTHÈQUE

Section première. — Dans l'ancien droit. — 6. La *fiducie*. — 7. Caractères, inconvénients. — 8. *Pignus* : a) *pignus oppositum*; b) *pignus datio*; c) *pignoris capio*. — 9. Avantages et inconvénients. — 10. Atténuation des inconvénients.

Section deuxième. — A l'époque classique. — 11. Introduction de l'hypothèque. — 12. Sa formation. — 13. Avantages et caractères de l'hypothèque. — 14. Le droit de vendre. — 15. La jurisprudence de l'époque classique a déterminé toute la matière de l'hypothèque. — 16. Apparition de la *successio in locum*.

Section troisième. — Sous Justinien. — 17. Caractères des innovations.

Section quatrième. — La création de la *successio in locum* à l'époque classique. — 18. *Jus offerendi*. — 19. Les droits du premier créancier. — 20. Peut-on céder le rang hypothécaire? — 21. Considérations sur la situation du premier créancier. — 22. Nécessité de la *successio in locum*. — 23. Plan d'étude.

Section Première : Dans l'ancien droit

Nous montrerons d'une façon succincte dans l'ordre chronologique, sous la forme que nous indique la méthode historique, quelles ont été les étapes parcourues pour arriver à l'état définitif de l'hypothèque.

6. — *Fiducie*. — La première manière de corroborer une dette par une affectation réelle, a consisté dans une translation fiduciaire ou *mancipatio* fiduciaire, qui comprend une

aliénation par voie de *mancipatio* ou d'*in jure cessio*, puis un contrat de fiducie aux termes duquel le créancier s'engage à retransférer, une fois payé, la propriété à l'aliénateur. Paul Sent. II. 13. 5. et 7.

La chose aliénée s'appelle *fiducia, res fiduciaria* : « *Si creditor rem fiduciarium fecerit meliorem* ».

De l'aliénation elle-même on dit qu'elle est faite *pignoris jure*. Gaius II. 60. « *Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico, que tutius nostrae res quoad eum sint.* »

Cette *fiducia* n'apparaît jamais comme un acte indépendant, se suffisant à lui-même; elle se rattache toujours à une *mancipatio* (1) ou à une *in jure cessio*. Gaius II. 59. Elle impose aux parties le devoir de se comporter comme il convient à des honnêtes gens eu égard au but qu'ils se sont proposés d'atteindre par l'aliénation. Cicero, *De officiis*, III. 15. « *Reliquorum autem judiciorum haec verba maxime excelunt... in fiducia ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione* ».

7. — On voit que le créancier fiduciaire avait une protection juridique trop forte même. Comme propriétaire de la *fiducia* il est investi du droit le plus entier sur la chose, comme tout propriétaire. Mais il pouvait se débarrasser de la possession (2) et de la garde de la chose en en laissant au débiteur l'usage jusqu'à l'échéance. Il était propriétaire, il avait la *rei vindictio*.

Comme gagiste il est obligé, sans diminuer ses droits en eux-mêmes et à l'égard des tiers, d'user de la chose dans la mesure nécessaire à la sûreté et au recouvrement de sa créance. Paul II, 13, 2. Paul IV, 12, 6. Paul III, 3, 3.

Mais cette forme de garantie réelle avait des inconvénients

(1) Ed. Cuq : *Institutions juridiques des Romains*, T. I, p. 641.

(2) Labbé E. J. : *Ortolan*, T. II, App. III, p. 919.

fâcheux. Le débiteur perdait la propriété et par conséquent l'usage de la chose, il épuisait d'un seul coup son crédit et il ne pouvait plus affecter le même bien à l'acquittement d'une autre obligation (1).

8. — *Pignus*. Pour mieux protéger les intérêts du débiteur on a inventé le contrat de gage.

Le *Pignus* ou gage est une sûreté réelle tendant à garantir la réalisation d'un fait à venir et principalement l'exécution d'une promesse (2).

La possession seule est transférée au créancier et non plus la propriété. La possession considérée d'abord comme un simple fait, a fini par être traitée comme un objet de droit, matière d'actes juridiques. Cette possession, il peut la retenir jusqu'au paiement. On lui défend sous peine d'être appelé voleur (3), de se servir de la chose ou de la vendre sans le consentement du débiteur. « *Furtum autem fit non solum quum quis intercipiendi causa alienam amovet, sed generaliter cum qui alienam rem invito domino contractat, itaque sive creditor pignore sive is apud quem res deposita est ea re utatur sive is qui rem utendam accipit in alium usum eam transferat... furtum committit*. Inst. IV, 1. 6. Aussi D. 47. 2. 73.

On croit qu'il a existé différentes sortes de *pignus*.

a) *Pignus oppositum*, qui consiste dans la remise différée de la chose promise en gage au cas seulement de non-paiement à l'échéance.

Mais à la différence de l'hypothèque, il n'y a d'action ni pour le créancier qui peut par force prendre la chose, ni pour

(1) Collinet et Giffard : *Précis de droit romain*, T. II, p. 245.

(2) Ed. Cuq : *op. cit.*, T. I, p. 634.

(3) Accarias : *Précis de droit romain*, T. I, p. 731.

le débiteur. Celui-ci ne peut pas empêcher le créancier de prendre la chose et de faire défaillance à sa foi (1).

b) *Pignoris capio*, est le gage dont la prise de possession est faite par le créancier lui-même.

c) *Pignoris datio* consiste dans une remise de possession faite par le débiteur au créancier.

On pouvait donner son anneau ou tout autre chose.

Ce nouveau système de garantie réelle présentait aussi des inconvénients. Après le paiement le débiteur n'avait pas d'action, sauf une action *ad exhibendum*, pour rétention injuste de la chose d'autrui.

Accarias (2) explique que la possession n'étant pas protégée au début, le *pignus* n'était pas pratiqué et qu'on a employé surtout l'aliénation fiduciaire.

Le défaut de paiement à l'échéance avait comme conséquence l'abandon du gage (3).

Plus tard on a créé des interdicts possessoires pour protéger la possession du gage. Le créancier dépossédé peut désormais recouvrer la possession, soit à l'aide des interdicts, soit par la *rei vindicatio* cédée par le propriétaire si celui-ci y con-

(1) M. Cuq croit que le préteur transforma en une obligation le devoir qui incombait au créancier gagiste. Il permit au débiteur de le poursuivre par une *actio in factum*. Cette *actio* fut elle-même remplacée plus tard par une action *in jus* de bonne foi. Inst. 4. 6. 28. Cod. 4. 24. 6.

Le gage qui n'avait été dans le principe qu'un acte fiduciaire devint un pacte prétorien, puis un contrat. M. Cuq croit aussi que l'*actio pigneratitia* a été introduite vers la fin de la République car l'interdit *de migrando* aurait été sans application s'il y avait eu un *actio in factum*. Ensuite la majeure partie des textes sur le *pignus* sont du deuxième et du troisième siècle, quelques-uns de la fin du premier. C'est à cette époque seulement que la jurisprudence a élaboré la théorie du gage. Nous ne croyons pas être loin de la vérité en disant que le gage a dû être sanctionné par le préteur à la fin de la République », dit M. Cuq, *op. cit.*, p. 637.

(2) Accarias : *op. cit.*, T. I., p. 732 en note.

(3) Ed. Cuq : *op. cit.*, T. I., p. 637.

sentait (1). Il n'est pas à la merci de son auteur, le débiteur. Il peut exercer lui-même ses possibilités de défense, ses intérêts, même contre le débiteur qui veut le dépouiller de la possession.

9. — Ce système de garantie réelle avait l'inconvénient de faire perdre l'usage à son vrai propriétaire, le débiteur. Il ne transférait pas son droit de propriété comme dans la *fiducia*. Le débiteur pouvait intenter la *rei vindictio* contre tout détenteur de la chose. C'était le seul avantage que cette garantie présentait, car comme la *fiducia*, elle faisait perdre d'un seul coup tout le crédit du débiteur (2) et il ne pouvait plus emprunter d'argent sur la garantie du même bien.

10. — Les inconvénients pouvaient être atténués par différentes clauses (3).

a) Le pacte d'antichrèse. Il était convenu entre parties que le créancier aurait les fruits ou l'usage de la chose à la place des intérêts, par une sorte d'échange, de compensation en bloc et à forfait. D. 20. 1. 11. 1.

b) Par une concession en précaire. Le créancier peut rétrocéder la possession du bien au débiteur à titre de précaire, pour lui permettre de bénéficier de l'usage de la chose (4).

Quant au droit de vendre le gage, le créancier pouvait y être autorisé s'il n'avait pas été payé à l'échéance. Cela en vertu d'un pacte intervenu entre les parties. M. Cuq (5) nous dit que dans les formulaires de Caton il n'est fait aucune allu-

(1) Accarias : *op. cit.*, T. I, p. 732.

(2) Collinet et Giffard : *op. cit.*, T. II, p. 246.

(3) Labbé E. J. : *op. cit.*, T. III, p. 921.

(4) Labbé : *Ortolan*, T. III, p. 921. Cela donnait lieu à des complications extrêmement difficiles. Un propriétaire tenait sa propre chose en précaire, « *precarium suae rei* ». Le débiteur qui était *in causa usucapiendi*, continue son *usucapio*. D. 41. 2. 36.

(5) Ed. Cuq : *op. cit.*, T. I, p. 637, en note 5.

sion à une clause autorisant de vendre. Il dit que Voigt pense que cette restriction s'introduisit à la fin de la République lors de la création de l'*actio pignoratitia*.

On voit combien était précaire la sûreté réelle résultant de la constitution du gage, tant que cet acte resta en dehors de la sphère du droit (1). Il ne devait être usité que pour garantir des dettes de peu d'importance ou de la part des personnes qui ne pouvaient trouver des cautions, ou en attendant qu'elles en puissent trouver une.

Section Deuxième. — A l'époque classique

11. — Du gage à l'hypothèque, il y avait seulement un pas. L'intérêt des parties était de laisser la chose affectée à la sûreté de la dette aux mains du débiteur jusqu'à l'échéance. Les prêteurs ont donné cette satisfaction, à la seule condition qu'un pacte aurait assigné une chose à la garantie d'une dette, de donner au créancier une action réelle, une sorte de revendication, au moyen de laquelle faute de paiement à l'échéance il pouvait suivre la chose et la saisir entre toutes mains.

12. — Mais nous pouvons affirmer que les Romains (2) ont de bonne heure pratiqué l'hypothèque sous la forme du *pignus oppositum*, notamment dans les baux à loyer et dans les baux à ferme, où la remise des objets engagés n'eût guère été possible.

Le prêteur accorda au bailleur non payé l'interdit Salvien, pour se mettre en possession des *illata et invecta*. Gaius IV, 147. Désormais le bailleur eut un droit sur les objets engagés par le colon. Ce droit portait même sur les objets qui n'appartenaient pas au débiteur. Cela est certain pour le bail à loyer.

« *Proinde et si aliena sint et si talia, quae pignoris*

(1) Ed. Cuq : *op. cit.*, T. I, p. 638.

(2) Ed. Cuq : *op. cit.*, T. II, p. 305.

nomine teneri non potuerint pignoris tamen nomine introducta sint, interdicto hoc locus erit. » D. 43. 32. 1. 5.

Le droit du bailleur était assez fragile, car il n'était pas opposable au tiers détenteur. Il fallait lui donner la possibilité de se prévaloir envers et contre tous, pour que son droit soit un véritable droit. Ce résultat fut obtenu par la création d'une action réelle, l'*actio serviana*. Tel fut le point de départ du pacte et du droit réel d'hypothèque. On en a peu à peu étendu l'application à tous les cas où un débiteur affecte un de ses biens à la garantie de sa dette, sans en transférer ni la propriété ni la possession. L'hypothèque (1) fut usitée surtout dans le cas où il eût été peu pratique ou impossible de remettre la possession au créancier. L'hypothèque des produits d'une forêt D. 13. 7. 18. 3., des meubles d'un locataire, d'une servitude rurale D. 20. 1. 12, d'un usufruit D. 20. 1. 11. 2., d'une créance D. 20. 1. 13. 2. On fit de l'hypothèque un instrument général de crédit, un mode de garantie pour toutes sortes d'obligations. Le prêteur promit de protéger ces extensions du pacte sanctionné par Servius, par une *actio in factum*, modelée sur l'*actio serviana* et appelée *quasi Serviana* ou hypothécaire.

La théorie de l'hypothèque est formée à cette époque et Pomponius vers le milieu du deuxième siècle a pu dire : « *Plus est cautionis in re quam in persona* ». D. 50. 17. 25.

L'aliénation fiduciaire disparut. Le *pignus* (2) continua à subsister car il donnait la possibilité d'avoir une possession assurée par des interdits et il dispensait d'exercer l'*actio hypothecaria*. Le *pignus* même commence à se confondre avec l'hypothèque et c'est pour cela que nous trouvons dans les textes les mots *pignus* et *hypotheca* comme synonymes.

(1) Ed. Cuq : *op. cit.*, T. II, p. 305.

(2) Labbé J. : *op. cit.*, p. 923.

13. — Quelle est la supériorité de l'hypothèque sur le *pignus*? Cette supériorité se trouvait dans le fait que ni la possession ni la propriété ne passent au créancier. Ce système n'épuise pas d'un seul coup le crédit du débiteur qui peut encore hypothéquer le même bien à d'autres créanciers (1). Le caractère de cette garantie est qu'elle offre au créancier à l'échéance le droit de se mettre en possession et de vendre, ce qui se traduit par le *jus possidendi* et *distrahendi*. Il vend et il a le droit de se faire payer par préférence à tout autre créancier et de suivre le bien par l'*actio pignoratitia* en toutes mains. Ce sont les droits de préférence et de suite.

Voilà les caractères distincts de cette sûreté.

14. — Le droit de vendre offre une matière importante pour l'étude de l'origine de l'hypothèque; il a donné naissance à un nombre infini de discussions et de controverses. S'il n'y a qu'un créancier hypothécaire à qui la chose ait été gagée, aucune difficulté. Tout se borne pour lui au droit de vendre et au droit de suite, personne ne peut lui disputer son rang, il est préféré à tous. Mais si la chose est hypothéquée à plusieurs créanciers, il s'agit de régler l'ordre de préférence. Cod. 8. 18. D. 20. 4. « *Qui potiores in pignore vel hypotheca habentur* ».

15. — C'est la jurisprudence de cette époque classique qui a déterminé toute la matière de l'hypothèque. Elle a dû établir la nature du droit hypothécaire, ses conditions d'existence, régler les conflits entre les créanciers ayant hypothèque sur la même chose. La théorie de l'hypothèque ébauchée par les jurisconsultes du règne de Trajan (2), développée par ceux des deuxième et troisième siècles, porte à tous égards la

(1) Ed. Cuq : *op. cit.*, T. II, p. 304. Girard : *op. cit.*, p. 820. Collinet et Giffard : *op. cit.*, T. II, p. 248.

(2) Ed. Cuq : *op. cit.*, T. II, p. 307.

marque de l'époque où elle s'est formée. On sent qu'elle a été construite par des esprits libres et avertis, qui l'ont accommodée aux besoins de leurs contemporains. C'est donc dans cet esprit plus libéral, dégagé du formalisme et de la rigidité du droit ancien qu'il faut juger la matière de l'hypothèque. A l'époque classique le droit était devenu plus souple et la matière de l'hypothèque porte en elle-même cette marque. Le droit classique jouit d'une technique propre qui a donné la vraie formation du droit romain que Justinien n'a modifié qu'en quelques parties moins essentielles.

Si les jurisconsultes classiques n'ont pas réussi à organiser d'une manière parfaite le crédit réel, ils ont eu du moins le mérite de tracer la voie dans laquelle le droit moderne devait s'engager : assurer au créancier hypothécaire le moyen de se faire payer sur le prix.

16. — Nous avons dit que le premier créancier détient le droit de vendre et de posséder, de poursuivre le bien partout et de se faire payer par préférence.

L'importance attribuée à la priorité donne lieu à un nombre de questions de droit que la jurisprudence classique a dû résoudre successivement.

Peut-on céder le rang hypothécaire ? Un créancier postérieur peut-il prendre la place d'un créancier antérieur en lui offrant de le désintéresser ? Les créanciers postérieurs ont-ils un droit actuel ou conditionnel ? Toutes ces questions se rattachent à l'institution de la *successio in locum*, que les jurisconsultes classiques n'ont pas tardé à former pour donner plus de souplesse à l'hypothèque.

Avant de voir comment s'est formée cette institution à l'époque classique, nous dirons quelques mots simplement, en poursuivant notre exposé historique, sur le sort de l'hypothèque jusqu'à l'époque de Justinien.

Section troisième. — Sous Justinien

17. — La théorie de l'hypothèque ainsi que celle de la *successio in locum* sont déjà formées à cette époque.

Les innovations introduites se recommandent plutôt par le motif qui les a inspirées que par le résultat pratique (1). En voulant trop renforcer la garantie que confère l'hypothèque, on a diminué et parfois détruit le crédit du débiteur. Ici comme en bien d'autres cas, le droit byzantin (2) a manqué de mesure.

Comme en droit classique, l'hypothèque générale est la plus répandue. L'hypothèque spéciale offrait peu de sécurité dans les régions où le créancier n'avait aucun moyen de s'assurer que la chose était réellement la propriété du constituant et n'était pas déjà grevée d'une autre hypothèque (3).

On a créé un assez grand nombre d'hypothèques légales, mais on les a accordées sans nécessité aux personnes dont les intérêts n'auraient pu être sauvegardés par les moyens ordinaires : au mari pour assurer le paiement de la dot, Cod. 5. 13. 1, au légataire sur les biens de la succession, Cod. 6. 43. 1. 2.

Encore quelques améliorations réelles. Le droit de vendre est devenu essentiel, il ne peut plus être exclu par une clause contraire. Le pacte commissaire est prohibé. Mais la vente a été soumise à des formalités peu favorables au crédit : faire des sommations D. 13. 7. 4. et la vente ne peut avoir lieu moins de deux ans après sommations. Cod. 8. 33. 3.

L'hypothèque peut être établie par testament.

L'hypothèque légale du locateur est étendue à tout locateur et en tous lieux. Cod. 8. 14. 7.

(1) Ed. Cuq : *op. cit.*, T. II, p. 831.

(2) Ed. Cuq : *op. cit.*, T. II, p. 831.

(3) Ed. Cuq : *op. cit.*, T. II, p. 831.

Pour encourager la publicité on peut constater la date d'après les actes publics ou privés signés de trois témoins honorables. On leur assure la préférence sur tous les créanciers qui n'auraient pas pris cette précaution.

C'est l'innovation de l'Empereur Léon en 469. Cod. 8. 18. 11.

Le tiers détenteur jouit d'un bénéfice de discussion.

C'est Justinien dans la Nouvelle IV, 2, qui a introduit ce bénéfice personnel. Le créancier doit s'adresser d'abord à ceux qui sont tenus personnellement de la dette, au débiteur et aux cautions. Il ne peut agir contre les tiers détenteurs que s'il n'a pas été intégralement payé.

Voilà en quoi consistent les innovations introduites par Justinien. Quant à la *successio in locum*, il n'y a rien changé. Cette institution reste comme une création propre du droit classique. Il faut donc s'en tenir aux textes classiques.

Section quatrième. — La création de la succession in locum à l'époque classique.

L'importance de la priorité, avons-nous dit, soulève quelques questions très intéressantes que la jurisprudence classique a dû résoudre.

18. — Un créancier postérieur peut-il prendre la place d'un créancier antérieur, en lui offrant de le désintéresser? Cette prérogative a été accordée aux créanciers postérieurs au temps de Gaius sous la forme de *jus offerendi* et *succedendi*. Il a paru inique de les laisser à la merci du premier créancier et l'on a pu leur accorder cette prérogative très importante en s'appuyant sur les termes de la formule insérée dans l'Edit. (1) Gaius D. 20. 4. 11. 4.

(1) Ed. Cuq : *op. cit.*, T. II, p. 315.

19. — On ne s'est pas contenté d'accorder seulement le *jus offerendi* aux créanciers postérieurs. On a cherché à définir leur situation d'une manière générale. Ont-ils un droit conditionnel subordonné à l'extinction de la première hypothèque ou un droit actuel quoique moins fort que celui du premier créancier? Une opinion de Gaius et probablement avant lui de Julien (1), ne lui accorde qu'un droit conditionnel. D. 20. 4. 9. 3. Cette doctrine était fort rigoureuse : les droits des créanciers postérieurs restent en suspens tant que le premier créancier n'est pas payé; ils ne deviennent efficaces, avant la vente, que grâce au *jus offerendi*. L'exercice du *jus offerendi* n'était pas toujours efficace car il fallait chercher de l'argent avant, pour payer le premier créancier. A titre de tempérament Gaius s'inspirant du droit grec (2) reconnaît aux créanciers postérieurs un droit actuel à l'excédent du prix de vente sur le montant de la première dette. C'est l'*hyperocha*. D. 46. 3. 96. 3. D. 20. 4. 20.

Ce droit ne portait pas sur la chose, mais sur l'*actio* par laquelle le constituant pouvait après la vente exiger le reliquat du prix. Ils étaient les cessionnaires des droits du débiteur contre le premier créancier.

Il ne faut pas dire que le second créancier n'a pas les droits hypothécaires et qu'il a une hypothèque conditionnelle (3). On lui attribue un droit réel actuel qu'il est susceptible d'exercer contre toute personne autre que le premier créancier. D. 20. 4. 12. 7. D. 20. 4. 12. pr.

Le second créancier a le même droit que le premier pourvu que le premier créancier soit désintéressé. Son droit est inefficace tant que le premier créancier n'est pas satisfait. Ce droit

(1) Ed. Cuq : *op. cit.*, T. II, p. 316.

(2) Ed. Cuq : *op. cit.*, T. II, p. 317.

(3) L'hypothèque en deuxième rang n'est pas conditionnelle. Mais on peut très bien constituer une hypothèque conditionnelle. D. 20. 4. 12. 8.

porte sur la chose et non sur le prix. Les créanciers postérieurs peuvent en faire usage pour se faire mettre en possession. Peuvent-ils vendre? En théorie on l'admet, mais en pratique, ce sera difficile, car la possession ne peut pas être transférée contre le gré du premier créancier. Cod. 8. 17. 8.

Il était donc important pour celui qui exigeait une hypothèque de demander s'il était premier en rang. Mais il n'y avait pas de publicité. Le débiteur était obligé de faire une déclaration qu'il n'y avait pas d'autres hypothèques et au cas contraire il était coupable de *stellionatus*. D. 47. 20. 3. 1.

Il est plus exact de dire que tout créancier hypothécaire a une hypothèque actuelle (1), efficace nonobstant l'infériorité de son rang. Il a l'action hypothécaire, seulement il ne peut pas, en usant de son droit, porter atteinte au droit des créanciers antérieurs. Si le créancier postérieur intente l'action hypothécaire, personne ne peut l'arrêter. Le premier créancier pour empêcher son action, doit faire la preuve qu'il est premier en rang. La vente faite par le second créancier n'est pas nulle, mais le premier créancier peut exercer contre l'acheteur son droit par son action hypothécaire et cela contre tout détenteur.

Le tiers acheteur ne peut pas se retourner contre le second créancier qui lui a vendu, si cet acheteur a désintéressé le premier créancier. Il se retournera contre le débiteur par les droits du premier créancier qu'il a désintéressé et par les mêmes moyens, il se défendra aussi contre les autres créanciers postérieurs.

20. — Une troisième question se pose maintenant en rapport avec la priorité en rang hypothécaire. Peut-on céder le rang hypothécaire avec toutes ses prérogatives? Cela est juste dans la matière de notre institution *successio in locum*.

(1) Labbé J. : *Ortolan*, T. III, p. 927.

Il y a *successio in locum* lorsqu'on prend la place d'un créancier hypothécaire pour jouir des avantages attachés à son rang hypothécaire.

C'est un bénéfice consacré de bonne heure par la jurisprudence romaine et qui donne à l'hypothèque une souplesse conforme aux exigences de la pratique. On dit qu'on ne peut détacher l'hypothèque car elle est un droit accessoire, mais on peut l'attribuer à un créancier postérieur ou à un tiers, le substituer à ce créancier dans l'exercice du droit hypothécaire. Cette solution ingénieuse a été proposée sous Trajan par Ariston et admise au profit du prêteur dont l'argent a servi à payer un créancier hypothécaire. D. 20. 3. 3. D. 20. 4. 12. 9. Cod. 8. 18. 1.

Cette cession est un tempérament d'équité dont les créanciers hypothécaires ne peuvent pas se plaindre car leur situation n'est en rien changée.

La *successio in locum* engendre un problème très difficile. L'acquisition de l'hypothèque par voie originaire de constitution directe, est très facile à concevoir. Mais l'acquisition par un mode dérivé est-elle possible? La cession d'une créance emporte aussi cession de l'hypothèque, son accessoire. « *Accessorium sequitur principale* ». L'existence de ces deux choses n'est pas solidaire. La créance peut subsister sans l'hypothèque. La volonté des parties qui la fait naître peut l'anéantir. Mais peut-on anéantir la créance et laisser subsister l'accessoire, l'hypothèque? Ce serait bien une acquisition dérivée d'une hypothèque déjà existante. Les jurisconsultes romains (1) ne pouvaient pas manquer d'arriver à ce résultat si désirable à divers égards et ils nous parlent en effet, à chaque instant d'une « *successio in pignus, in jus succedere, in locum succedere* ».

(1) Jourdan : *Traité de l'hypothèque*, p. 464.

Des considérations morales, politiques, économiques, ont poussé le législateur romain à arriver à ce résultat. En effet la situation du premier créancier en rang était trop forte. Elle anéantissait presque le droit réel des autres créanciers hypothécaires.

21. — Les hypothèques constituées sur un même bien, à différentes époques, sont des droits actifs, complets, réels, doués seulement de forces inégales dans leurs rapports respectifs. Lorsqu'on dit que le premier créancier a seul le droit de vendre, cela exprime avec exagération cette vérité que seul, il donne à son acheteur une sécurité parfaite. Cod. 8. 17. 8.

L'inégalité est telle que l'on peut soutenir qu'en droit romain le créancier premier en rang, a seul une sûreté réelle.

En effet, il peut paralyser ou détruire les droits des autres. Les paralyser: il se fait mettre en possession en agissant contre tout détenteur. Une fois en possession il reste et surseoit à la vente aussi longtemps que cela lui convient.

Vendre est pour lui une faculté et non une nécessité (1). Le débiteur, les créanciers postérieurs, peuvent vendre, s'ils trouvent un acheteur assez confiant; mais le premier créancier ne se dessaisira de la possession qu'après avoir été désintéressé. D. 13. 7. 6. D. 20. 5. 13.

Il peut même détruire les droits des créanciers postérieurs. Il n'a qu'à se faire mettre en possession. Puis il vend et livre, transférant à son acheteur une propriété purgée des hypothèques postérieures à la sienne. Cod. 8. 20. 1. Il est créancier du prix, il le touche. Si le prix est plus considérable que sa créance il doit remettre le surplus aux créanciers subséquents s'il les connaît, si non, au débiteur lui-même. D. 20. 4. 12. 5.

(1) Labbé : *Ortolan*. T. III, p. 928.

Qu'il opère ou non la restitution, qu'il devienne ou non insolvable, cela importe peu. Le tiers acheteur est inattaquable. Le premier créancier a-t-il de bonne foi rendu l'excédent du prix au débiteur? Il est en règle, affranchi de toute obligation.

Les créanciers postérieurs n'ont qu'une action personnelle contre le débiteur. Ils n'ont donc plus, à partir de la vente et de la tradition faite par le premier créancier, de sûreté réelle. Un créancier hypothécaire primé n'a qu'une garantie incertaine. Il est à la merci du créancier qui le précède et le domine.

Les Romains après avoir donné à la première hypothèque une telle force que la cause des créanciers subséquents en est compromise, ont cru rétablir l'équilibre, dans la mesure où la justice le demandait, en donnant au créancier hypothécaire quel que fût son rang, la possibilité de prendre la place du premier créancier.

Ce moyen nous est offert par la *successio in locum*.

Payer (1) un créancier comme un débiteur le paierait valablement, tout le monde en a le droit. Payer et éteindre la dette d'autrui, lorsque le créancier nouveau et le débiteur sont d'accord pour faire persister l'obligation, c'est déjà un privilège qui justifie l'expression de *jus offerendi*. Mais prendre ce que la position du créancier payé avait d'utile, prendre son rang, quand il est hypothécaire, afin d'être plus sûr de recouvrer la somme ainsi déboursée, c'est un avantage conféré à quelques personnes dignes de faveur, notamment aux créanciers qui ont une hypothèque sur le même bien; ils confirment leur propre hypothèque.

22. — Mais ce droit est conféré à toute personne qui

(1) Labbé J. : *Ortolan*, T. III, p. 928.

désintéresse le premier créancier. A un créancier qui réclame son argent le débiteur peut répondre qu'il n'a rien à craindre car il a des garanties réelles solides. Le premier créancier ne redoute pas l'insolvabilité du débiteur, mais il a besoin de son argent. La nécessité que quelqu'un intervienne dans cette situation se fait sentir. Le débiteur en cet état peut emprunter de l'argent pour le désintéresser et donnera comme garanties, au nouveau créancier, les garanties du créancier qui a été désintéressé avec son argent. Celui qui l'a désintéressé va acquérir une hypothèque déjà existante et tous les avantages attachés à cette hypothèque. Cela est tout à fait naturel. La loi romaine autorise et arrange très bien cela.

23. — Voir comment cela se pratique en fait formera la première partie de notre étude.

Savoir quelle est la nature juridique de cette institution, formera la deuxième partie de notre exposé.

Sur le premier point nous allons exposer le mécanisme de fonctionnement de chaque cas où la loi admet une *successio in locum, in jus*.

Dans la deuxième partie qui forme le point le plus difficile et le plus intéressant de cette institution, nous verrons la technique juridique, le point de vue purement dogmatique de réalisation.

Nous ferons, après, un exposé historique pour en voir l'évolution à la lumière de l'histoire au cours des siècles qui suivirent l'époque romaine et celle de Justinien jusqu'au code de Napoléon, de manière à renforcer notre documentation et ferons ensuite la conclusion générale de toute notre étude.

Deuxième Partie

Les Cas de Successio in locum
Exposition dogmatique

PREMIER CHAPITRE

UN TIERS PRÊTE DE L'ARGENT POUR DÉSINTÉRESSER UN CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE

24. Définition de la *successio in locum*. — 25. Les quatre cas.
26. Caractères généraux. — 27. Conditions de fonctionnement :
a) Déclaration sur la destination de l'argent; b) Il faut que l'argent
ait réellement reçu cette destination; c) Convention entre parties.

24. — De ce que nous venons de dire dans la première partie il résulte que la *successio in locum* est une institution juridique en vertu de laquelle toute personne, soit un autre créancier hypothécaire inférieur en rang, soit un tiers, qui désintéresse un créancier hypothécaire est substituée à sa place et à ses droits.

Le sedes materiæ où l'on parle *ex professo* de cette institution, c'est le livre 20 du Digeste et le livre 8 du Code de Justinien.

25. — Quels sont les cas de *successio in locum*?

D'après les textes, il paraît qu'il y a quatre cas (1) que nous allons ramener à trois (2) et nous allons voir pourquoi.

(1) Tous les auteurs modernes, sauf Accarias, parlent de quatre cas de *successio in locum*. Voir : Girard, Cug, May, Collinet et Giffard.

(2) Voir plus loin les explications que nous donnerons sur le cas de novation.

a) Elle fonctionne en faveur du tiers qui a prêté de l'argent pour payer le premier créancier. D. 20.4.12.8. D. 20.3.3. Cod. 8. 18. 1.

b) Pour l'acquéreur du bien hypothéqué. D. 20. 4. 17. Cod. 8. 18. 3.

c) En cas de *jus offerendi et succedendi*. D. 20.4.20 D. 20.4.11.4.

Le quatrième cas, celui qui se produirait en cas de novation d'après l'opinion générale, que nous ne partageons pas, serait prévu par le Digeste 20.4.3 pr. et 20.4.12.5.

26. — Quels sont les motifs qui peuvent déterminer un débiteur à emprunter de l'argent pour désintéresser un créancier qui a une hypothèque sur son bien?

Il peut se présenter certains cas où un débiteur a grand intérêt à désintéresser un créancier hypothécaire.

Ce créancier peut exiger un remboursement immédiat, ou il menace de vendre le gage en temps inopportun de manière à ce qu'il soit payé seul, quand la valeur du bien peut être beaucoup plus grande; ou bien la créance produit de gros intérêts.

Si le débiteur manque de fonds, il aura avantage à emprunter de l'argent à un tiers moins exigeant qui attendra le retour du débiteur à une situation meilleure et qui se contentera, peut-être, d'intérêts moindres. Pour que le tiers veuille rendre un tel service, il faut que le débiteur lui offre des garanties suffisantes et efficaces. Rendre service était pour le monde romain un devoir moral sur lequel reposait toute la garantie des obligations dans l'ancien droit. Dès que la manière de voir les garanties a changé, l'ancien devoir subsistait, mais il fallait présenter aussi les garanties demandées.

Et c'est le nouveau créancier prêteur qui profitera des

sûretés garantissant la créance qu'il s'agit d'éteindre par le paiement.

Les jurisconsultes romains ne pouvaient pas manquer d'arriver à ce résultat si désirable et nous voyons qu'ils accordent la *successio in locum* au tiers qui prête de l'argent au débiteur, « *ut antecedens dimitteretur* ». Le prêteur est subrogé au créancier payé « *in jus ejus succedat* ». *Aristo Neratio Prisco scripsit* (1) : *etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata : neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore...* » D. 20. 3. 3. D. 20. 4. 12. 8. Cod. 8. 8. 1.

27. — Quelles sont les conditions nécessaires pour que le tiers prêteur ait le bénéfice de la *successio in locum*?

a) Il faut que les deniers aient été empruntés en vue de payer le créancier antérieur. Cela résulte des termes précis du Digeste 20.3.3. « *ita contractum sit ut antecedens dimitteretur* ».

Le mot « *ut* » nous montre la cause, le but en vue duquel l'argent est demandé.

Nous trouvons des expressions pareilles, toujours dans le même sens, indiquant la destination de l'argent... *tertius dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres et paciscitur tecum ut idem predium... et locum ejus subeat* D. 20.4.12.8.

C'est donc une déclaration, une convention, qui doit intervenir entre les parties, au moment du prêt, dans laquelle il faut spécifier la destination de l'argent prêté.

La même déclaration doit avoir lieu dans un cas assez particulier prévue par le D. 20.4.12.9.

(1) Les interpolations dont nos textes ont été l'objet ne changent pas le sens des idées exprimées. C'est pour cela qu'au cours de notre travail nous n'utiliserons pas d'*index interpolationum* et d'ouvrages de Beseler.

« *Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta in aliud pignus priori succedat, successorum eum Papinianus... et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ejus succedat* D. 20.4.12.9.

Le texte dit qu'on permet de vendre le bien hypothéqué pour désintéresser le premier créancier car le second créancier ne peut avoir d'autre droit que de payer le premier créancier et de cette manière succéder à sa place.

Il ne s'agit pas d'un tiers désintéressant un créancier hypothécaire en faisant une avance de fonds, mais d'un créancier hypothécaire troisième en rang qui autorise son débiteur à vendre le fonds hypothéqué et de payer avec l'argent de la vente le premier créancier qui le prime. C'est ainsi qu'il peut prendre la place de ce créancier. L'autorisation de vendre doit être donnée « *ad hoc ut priori pecunia soluta* », c'est-à-dire dans ce but de désintéresser le premier créancier. Ce n'est qu'à cette condition qu'il peut y avoir *successio in locum prioris creditoris*.

b) Il faut que les deniers prêtés aient réellement reçu la destination indiquée par la convention intervenue entre les parties, ce qui est une question de fait livrée à l'appréciation du juge. Si le créancier refuse de recevoir le paiement il y aura lieu à consignation et la *successio in locum* n'en aura pas moins lieu au profit du tiers prêteur.

Est-il nécessaire que les deniers soient remis au créancier par le débiteur? Nullement et il y aura également *successio in locum*, si, sur le mandat du débiteur, le prêteur remet directement l'argent aux mains du créancier hypothécaire qu'il s'agit de désintéresser. C'est même le moyen qui offrira au prêteur le plus de sécurité, car la question de fait relative à l'emploi des deniers se trouve ainsi supprimée. Par conséquent la remise de l'argent peut être faite par le débiteur, ou par le

prêteur, ou par un autre moyen, pourvu que la destination réelle soit accomplie. « *Pervenisse autem quemadmodum accipimus utrum si statim profecta est ab inferioribus ad privilegiarios an vero et si per debitoris personam, hoc est si ante ei numerata sit et si debitoris facta creditori privilegiario numerata est? Quod quidam potest benigne dici, si modo non post aliquod intervallum id factum sit* ». D. 42.5.24.3.

c) La condition essentielle pour qu'il y ait *successio in locum*, c'est que le prêteur ait fait une convention concernant la succession dans le rang et les droits du créancier qui va être désintéressé. « *Neque enim in jus succedere debet quia ipse nihil convenit de pignore* » D. 20.3.3.

Cette condition a été imposée d'une manière générale par les empereurs Septime Sévère et Caracalla en l'an 209. « *Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit, hoc enim tunc observatur, cum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur et in locum eius succedat. Quod cum in tua persona factum non sit (judicatum est enim te pignora non accepisse) frustra putys tibi auxilio opus esse constitutionis nostræ ad eam rem pertinetis* » Cod. 8. 18. 1.

C'est dans ce texte qu'on a posé le principe général que pour pouvoir succéder à la place du créancier hypothécaire payé, il faut une convention expresse « *sub hoc pacto credat* », dans laquelle on a inséré l'obligation de donner le même bien comme hypothèque « *ut idem pignus ei obligetur* ».

Cette prescription est donc applicable à toute personne qui (1) paie le créancier hypothécaire et qui veut succéder à sa place et à ses droits.

De cette condition découlent quelques conséquences.

(1) Nous allons voir que cette obligation est imposée aussi à l'acheteur du bien hypothéqué qui paie le premier créancier.

La *successio in locum* ne pourra avoir lieu au profit du prêteur que si toutes les conditions nécessaires à la constitution d'une hypothèque se trouvent réunies. Dès lors si le débiteur a vendu la chose hypothéquée, il ne pourra plus y avoir *successio in locum* au profit du prêteur, puisque la constitution d'une hypothèque sera devenue impossible sur une chose qui n'est plus la propriété du débiteur « *Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit; tuque ei nummos credidisti, nihil te egisse constat, quia rem alienam pignori acceperis* ». D. 13.7.2.

La *successio in locum* ne pourra pas profiter à un *negotiorum gestor* parcequ'il n'a pas d'hypothèque propre D. 20.6.1.

Le gérant n'aura d'autre ressource, s'il est en possession de la chose, que d'opposer aux créanciers hypothécaires postérieurs une exception de dol tendant à le faire indemniser de son avance de fonds D. 20.6.1.1.

La *successio in locum* se produit aussi au profit d'un prêteur qui désintéresse un créancier privilégié. D. 42. 5. 24. 3.

Nous croyons que dans la convention qui intervenait entre les parties, les contractants inséraient toutes les clauses de la *successio in locum*. Ils auraient très bien pu insérer l'obligation pour le créancier payé, de céder ses actions, et les moyens de défense qu'il avait, au tiers qui le désintéressait.

Le but principal de cette convention résidait dans la cession de tous ces avantages à celui qui lui avançait l'argent (1).

(1) Nous allons développer cette idée au chapitre concernant la nature juridique de la *successio in locum*.

DEUXIEME CHAPITRE

CAS D'ACQUISITION DU BIEN HYPOTHÉQUÉ PAR UN TIERS LE PRIX D'ACHAT A SERVI A DÉSINTÉRESSER LE PREMIER CRÉANCIER

Section première. — Du droit de vente du créancier hypothécaire. — L'hypothèque au profit du propriétaire sur sa propre chose. — 28. Les droits du premier créancier. — 29. Les droits des autres créanciers subséquents. — 30. L'hypothèque au profit du propriétaire sur sa propre chose. L'inconcevabilité du droit de propriété et du droit de l'hypothèque sur la tête de la même personne. — 31. Nouvelle doctrine allemande sur l'indépendance de l'hypothèque. — 32. Texte sur lequel elle s'appuie. D. 26. 9. 2. — 33. L'explication de ce texte. Preuve contraire. — 34. Autre texte. D. 44. 2. 30. 1. Analyse de ce texte. — 35. L'explication du point de vue de l'équité. — 36. Conclusion sur le manque de base de la théorie de l'indépendance de l'hypothèque.

Section deuxième. — Mécanisme de fonctionnement de la successio in locum en cas de vente. Conditions requises. — 37. Présentation du problème. — 38. Aucune confusion entre le droit hypothécaire et la propriété. — 39. Destination du prix. — 40. Convention entre parties. — 41. Une tradition immédiate. — 42. Cas où le paiement n'a pas reçu la destination exigée.

Section troisième. — L'étendue et les effets de la successio in locum au profit de l'acquéreur. — 43. Seulement quant au bien acquis. — 44. Effets entre le créancier hypothécaire et l'acheteur. — 45. Non responsabilité du créancier vendeur en cas d'éviction lorsqu'il vend en qualité de créancier hypothécaire. — 46. Motifs. — 47. Lorsqu'il vend en qualité de propriétaire. — 48. Rapports entre l'acheteur et le débiteur. — 49. Moyens de défense pour l'acheteur en cas d'éviction. — 50. La situation des créanciers postérieurs après la vente.

SECTION PREMIÈRE

Cas d'acquisition du bien hypothéqué par un tiers
Le prix d'achat a servi à désintéresser le premier créancier

28. — Pour que le créancier hypothécaire jouisse du droit de vente dans toute sa plénitude, qu'il puisse l'exercer sans obstacle d'aucune sorte et sans réclamation possible, il faut qu'il soit premier en rang. La vente n'amenait pas à Rome le concours et le contrôle de tous les créanciers. Le créancier prior était le maître de la chose et en disposait à son gré, suivant son caprice ou son utilité personnelle, à la seule charge de satisfaire aux conditions prescrites par la loi (1).

Est-ce à dire que la vente soit absolument inaccessible aux autres créanciers subséquents?

29. — A première vue cela nous paraît vrai. Le second créancier n'a reçu qu'un droit éventuel qui se réalisera le jour où le premier créancier sera payé par le débiteur ou par un autre. Son droit n'est susceptible d'aucune exécution tant que ne s'est pas réalisée la condition : « *si prior dimissus fuerit* ». A l'appui de cette idée on invoque le texte d'Africain. Dig. 20.4.9.3. qui s'exprime ainsi : *tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur*. C'est-à-dire que le créancier postérieur voit son droit confirmé, lorsque le premier créancier est payé et que la chose hypothéquée revient dans le patrimoine du débiteur.

A côté de ce texte (2) on cite aussi le texte de Gaius D. 20. 1. 15. 2. ...« *ut in quod excedit priorem obligationem res sit obligata ut si pignori hypothecæve id quod pluris est* ». Le

(1) On verra plus loin les conditions nécessaires de la vente et de la *successio in locum* en ce cas.

(2) Hubert E. : *Du droit de vendre du créancier hypothécaire*, p. 11.

débiteur avertit le créancier que la chose étant déjà engagée à Titius il ne lui donne comme garantie que l'excédant de la valeur de la chose sur la première obligation.

Mais nous avons déjà dit dans un chapitre précédent combien on se trompe sur l'idée du droit des créanciers subséquents et sur l'interprétation des textes invoqués.

Ces textes ne doivent pas être pris isolément. Ils sont faits pour expliquer ce qui les précède ou ce qui les suit et non pas pour être présentés comme des principes séparés. Il faut tenir compte du contexte, autrement on est sujet à de graves erreurs.

Il est bien difficile d'admettre que le second créancier soit dépourvu de toute action efficace sur le bien qui lui est hypothéqué. Il est avant tout créancier hypothécaire et comme tel il a un droit réel incontestable sur le bien hypothéqué et une action pour réaliser son droit. On ne peut nullement lui dénier ce droit qu'il peut rendre efficace. On exagère assez souvent les affirmations tirées de textes qui sont, d'ailleurs, clairs, mais qui, pris isolément ou sans une étude plus approfondie, placent des situations juridiques dans une impossibilité de réalisation pratique, et produisent ainsi une équivoque, un non sens. Etre créancier hypothécaire sans avoir de droits réels et sans actions réelles, donc sans le droit de vendre qui en découle, voilà le non sens.

Si le deuxième créancier vend la chose hypothéquée il y a au moins quelqu'un qui sera mal venu à se plaindre de cette vente : c'est le débiteur. On ne comprend pas qu'il puisse invoquer la nullité de la vente, résultat prévu et nécessaire de la sûreté réelle qu'il a lui-même concédée. En quoi les créanciers du troisième ou du quatrième rang, peuvent-ils réclamer contre la vente faite par celui, qui n'est pas, il est vrai, le premier en rang, mais qui a néanmoins un droit préférable au leur,

qui les prime? La vente faite par le deuxième ou troisième créancier n'est donc pas nulle *erga omnes*.

Le texte cité D. 20.4.9.3. parle d'une hypothèque sur une chose qui n'est plus dans le patrimoine de la débitrice Titia et dès lors cette hypothèque constituée sur le bien d'autrui est nulle : « *Titia predium alienum Titio pignori dedit, post Mævio... si Titio soluta sit pecunia non ideo magis Mævii pignus convalescere* ». Le fait d'avoir un rang hypothécaire préférable impose aux créanciers subséquents le devoir de respecter ce rang. A cette condition leur droit reste parfait. C'est donc le droit et l'intérêt du créancier antérieur qui seuls limitent les droits du suivant. Les actes faits par ce dernier sont pleinement valables si le premier n'a pas à se plaindre ou ne se plaint pas. D. 20. 4. 12. pr.

De ce principe général on tire un argument de conséquence : celui qui n'est pas premier en rang peut vendre la chose mais son droit n'est pas absolu. Il sera toujours paralysé par la présence du créancier antérieur, si celui-ci n'est pas désintéressé ou s'il ne consent pas à la vente. Celui qui achète du second créancier peut écarter le premier créancier par le *jus offerendi*, en le payant.

30. — Nous voulons parler maintenant de l'hypothèque de l'acheteur sur sa propre chose, car nous sommes dans la matière de la *successio in locum* en cas d'acquisition du bien hypothéqué par un tiers. C'est-à-dire que l'acheteur succède aux droits du vendeur sur son propre bien qu'il lui a acheté.

Mais peut-on concevoir une hypothèque sur sa propre chose? Nous connaissons le principe général que deux qualités incompatibles ne peuvent exister chez un même titulaire sans qu'il se produise aussitôt extinction de l'une d'elles par confusion. Ainsi le rapport de droit qui s'établit entre un créancier et son débiteur cesse d'exister, lorsqu'une même personne

réunit ces deux qualités. La confusion s'opère et l'extinction de l'obligation doit en résulter. D'après les règles précises du droit romain, la même chose se produit entre le droit de propriété et l'hypothèque quand ils existent dans les mains de la même personne, car cette incompatibilité s'explique par le but même de l'hypothèque et de la nature du droit de propriété.

Un créancier se fait concéder son hypothèque sur les biens du débiteur afin d'obtenir son paiement sur le prix de ces biens hypothéqués. On ne voit pas comment il pourra être payé sur le prix d'une chose qui est dans son patrimoine. Le droit de propriété procure, d'autre part, tous les avantages, que sont susceptibles de fournir les biens sur lesquels on l'exerce et on ne voit pas quelle sera pour l'acheteur l'utilité d'une hypothèque existant à son profit sur son propre bien.

Les restrictions ou les démembrements qui peuvent exister à la charge de la propriété, usufruit, servitude, hypothèque, ne se conçoivent que s'ils existent au profit de personnes étrangères.

Le droit de propriété ne peut être restreint au profit du propriétaire lui-même. Il a le droit absolu : « *plena in re potestas* », de jouir de tous les avantages que ce droit peut lui procurer.

31. — Ce principe dont l'évidence s'impose comme une chose acquise de la science juridique a trouvé beaucoup de contradicteurs. Une doctrine nouvelle apparut vers le xix^e siècle, soutenue par des auteurs allemands qui ont proclamé le principe de l'indépendance absolue de l'hypothèque. C'est-à-dire que le droit de l'hypothèque pourrait être réuni au droit de propriété sans se confondre avec lui, et qu'il pourrait même avoir une existence propre et indépendante.

Ces auteurs allemands (1) disent que l'hypothèque n'est pas un démembrement de la propriété et d'autre part, bien qu'il n'y ait pas de droit hypothécaire qui ne se rattache à une créance, l'hypothèque ne serait pas cependant un simple accessoire d'une créance et elle pourrait avoir une existence et une efficacité propres. Dès lors la confusion ne serait pas un mode d'extinction de l'hypothèque (2).

32. — Les partisans de cette doctrine s'appuient sur quelques textes où les jurisconsultes romains ont accordé à cer-

(1) Chachuat E. : *Des origines romaines de la subrogation légale accordée à l'acquéreur de l'hypothèque au profit du propriétaire sur sa propre chose*, p. 47.

(2) Il y a un nombre intéressant d'auteurs allemands qui se sont rattachés à cette doctrine. Nous ferons mention de quelques-uns.

Kuhlman : *Die Hypothek des Eigenthümers nach dem grundsätzen des heutigen römischen rechts*.

Hartman : *Rechte an eigener Sache, Untersuchungen über die Lehre von Eigensthumrecht*.

Von Wening-Ingenheim : *Das Pfandrecht an eigener Sache*.

Gedult von Jungenfeld : *Über das Pfandrecht an eigener Sache*.

Puchta : *Cursus der Institutionem*.

Francke : *Civilistische Abhandlungen*.

Il est intéressant de faire remarquer qu'il n'y a pas d'unité de vue dans leur doctrine sur l'indépendance de l'hypothèque. On trouve des variantes plus ou moins caractéristiques.

Von Wening-Ingenheim n'admet pas une indépendance absolue, dans le sens que Kuhlman lui donne. Il constate seulement qu'il y a quelques exceptions au principe absolu de la confusion de l'hypothèque par réunion à la propriété. Lorsque deux droits réels sont en opposition, dit-il, tous deux ne doivent pas produire effet et l'un d'eux doit s'éteindre par confusion, ce qui arrive lorsque l'hypothèque se réunit à la propriété. Si le propriétaire est lui-même créancier hypothécaire, il pourra résister à l'action qu'intenteront contre lui les créanciers postérieurs en rang, par une exception : *si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata*, D. 20. 14. 12. pr., Wening groupe ensuite les hypothèses dans lesquelles il reconnaît par exception la coexistence du droit d'hypothèque et de propriété. Jungenfeld trouve illogique l'idée de l'hypothèque au profit du propriétaire sur sa propre chose, tout en étant partisan de la doctrine de l'indépendance de l'hypothèque. Il admet cependant qu'un acquéreur peut avoir un droit privilégié à opposer à un créancier hypothécaire. Il admet la *successio in locum* dans les hypothèses où ce bénéfice est accordé par les textes.

Puchta est partisan d'une autre idée. Il croit que le droit de propriété disparaît et que seul le droit d'hypothèque persiste.

lains créanciers dignes de protection une *actio utilis in rem*.

On a admis que le droit hypothécaire et le droit de propriété appartenaienat au pupille sur les choses que le tuteur avait achetées avec son argent. Hypothèse prévue par D. 26. 9. 2. « *Si tutor vel curator pecunia ejus, cuius negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit vel prædia in nomen suum emerit, utilis actio ei, cuius pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam* ».

33. — Le pupille a bien deux actions. Il a une action utile fondée sur le droit de propriété, mais il n'est pas propriétaire. Les jurisconsultes romains ont cherché à mettre d'accord les principes de droit avec leur solution. Ils ont donné une action utile qui prouve que le pupille n'était pas propriétaire car dans ce cas il aurait eu une action directe. Le pupille n'a pas la double qualité de propriétaire et de créancier. Il a seulement des moyens de défense d'un caractère double. Il a l'alternative de se dire propriétaire ou créancier, mais ces deux qualités ne lui appartiennent pas simultanément. Il ne peut en invoquer qu'une. D'ailleurs le texte est clair à ce point de vue et il ne dit pas que le pupille a l'*actio utile* pour prendre la chose et une autre action pour demander l'argent. Il dit qu'il en a une des deux : *utilis actio ei datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam*. Le texte dit « *vel* » *mutuam... exigendam*, c'est-à-dire une ou l'autre action.

34. — Mais dans cette matière nous avons une décision juridique d'une très grande importance donnée par Paul, texte qui ne peut pas être contesté et d'où résulte inébranlablement que l'action hypothécaire peut être employée par le propriétaire de la chose même, sans qu'il y ait une hypothèque sur sa propre chose. D. 44.2.30.1.

Paul suppose dans ce texte l'hypothèse suivante : Titius, véritable héritier, transige avec Mævius prétendant à la suc-

cession et lui remet, à titre de transaction, divers objets dépendant de l'hérédité et un fonds dont il est personnellement propriétaire. Ce fonds a été précédemment hypothéqué à l'aïeul de Mævius et à un second créancier. Mævius ignore l'existence de ces hypothèques. La transaction intervenue, le second créancier hypothécaire intente l'action hypothécaire contre Mævius, qui, ne sachant pas qu'il peut se prévaloir d'une hypothèque antérieure, succombe. Mævius découvre ensuite dans les titres de la succession, un document qui lui indique l'existence de l'hypothèque conférée depuis longtemps à son aïeul, dont il est représentant. Pourra-t-il actionner Titius en basant son action sur l'existence à son profit d'un droit hypothécaire?

A cette question Paul répond par l'affirmative. Le problème à résoudre est de savoir si l'hypothèque de Mævius ne s'est pas éteinte par suite de la réunion avec le droit de propriété. Paul décide que l'*actio hypothécaire* sera accordée. L'explication donnée par les auteurs allemands qu'on peut avoir une hypothèque sur sa propre chose ne peut pas résister en face de ce texte clair et exprès qui dit que le droit hypothécaire de Mævius n'a pas survécu à la propriété « *neque enim potest pignus perseverare domine constitute creditore* ».

Cependant l'action hypothécaire est donnée : « *numquid pignoris jus extinctum sit domine acquisito* ».

La solution donnée par Paul est absolument juste, car il n'y a pas incompatibilité entre l'extinction de l'hypothèque et l'exercice de l'action hypothécaire. Cette action (1) suppose avant tout que pour déterminer une condamnation, un paiement ne soit pas intervenu. Dans notre hypothèse de la loi 30, le créancier n'a reçu aucune satisfaction.

(1) Dernburg : *Das Pfandrecht*, T. II, p. 272.

35. — Si du point de vue purement juridique la solution donnée par Paul peut apparaître un peu moins bien justifiée, par contre elle s'explique merveilleusement du point de vue de l'équité. La décision donnée ne respecte pas, peut-être, le principe de l'extinction de l'hypothèque par confusion, mais que demande le créancier par l'action hypothécaire? Il réclame le remboursement de sa créance ou la remise de la chose qui lui a été hypothéquée. L'équité est fréquemment appliquée en droit romain. Veut-on nier que les Romains ne la connaissent pas? Erreur fondamentale, car même là où ils ne le disent pas, il faut tout de même la supposer surtout quand il apparaît une impossibilité d'explication par une application des principes stricts de droit. Mais souvent les Romains indiquent la raison d'équité pour expliquer des espèces données, comme nous le verrons plus bas.

Le principe de l'extinction de l'hypothèque ne peut être opposé au créancier que si l'équité ne reçoit aucune atteinte (1). S'il y a une dette contractée, l'équité demande que tant qu'il n'a pas été donné satisfaction au créancier — quels que soient les rapports nouveaux qui existent entre le créancier et le débiteur — la dette subsiste et avec elle l'action garantissant le paiement. C'est cette idée de justice que notre décision a consacrée : « *In proposita autem questione magis me illud movet, numquid pignoris jus extinctum sit dominio acquisito : neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore ; actio tamen pigneratitia competit : verum est enim et pigneri datum est satisfactum non esse* ». Pour les mêmes raisons d'équité nous avons des exemples analogues et des créations nouvelles en droit romain : les fictions de toute nature supposées par les jurisconsultes et permettant l'applica-

(1) Chachuat E. : *op. cit.*, p. 61.

tion d'une règle de droit en dehors de cas spéciaux qu'elle a mission de sanctionner, des actions utiles et de nombreuses transformations de la formule. Nous trouvons la même solution donnée par Paul dans un cas analogue prévu par le Digeste 36.1.59, pr., où l'action hypothécaire survit à la confusion qui se produit entre le droit d'hypothèque et celui de propriété.

C'est toujours dans cette idée d'équité que Paul a donné la même solution, quoique par application rigoureuse des règles de la confusion, l'hypothèque devait s'éteindre. L'hypothèque est une institution prétorienne.

L'*actio hypothecaria* (1) est *in factum*. Paul raisonne très bien quand il donne ces solutions. On ne peut pas avoir une hypothèque sur sa propre chose, mais l'*actio hypothecaria* est *in factum* et la formule même de cette action commande au juge de condamner, s'il reconnaît que le paiement n'a pas eu lieu ou que le créancier n'a reçu aucune satisfaction pouvant lui tenir lieu de paiement.

36. — Il n'y a donc pas d'après les textes, comme le croient les auteurs allemands, une existence simultanée de l'hypothèque et de la propriété en la même personne.

La survivance (2) de l'action hypothécaire nous montre que l'action peut être détachée de sa créance et subsister pour des raisons d'équité tant que la dette n'a pas été payée.

Dans l'hypothèse de *successio in locum* au profit de l'acquéreur, nous voyons que l'hypothèque ne survit pas à sa réunion à la propriété et nous accordons à l'acquéreur le droit de profiter seul de l'extinction de l'hypothèque, de bénéficier de

(1) Girard : *op cit.*, p. 325.

(2) Cela nous servira à démontrer la nature juridique de la *successio in locum*.

ces moyens pour rendre efficace son droit qui ne s'est pas éteint par l'effet de la confusion.

Quel en est le motif? Pothier (1) dit que par l'effet de la confusion, l'hypothèque « *sommeille mais n'est pas éteinte* ». La confusion ne porte pas atteinte à l'existence de l'hypothèque. Elle crée seulement une impossibilité de fait, un obstacle à l'exercice de plusieurs des droits que l'hypothèque confère. Car la confusion est un mode d'extinction qui n'opère qu'avec le consentement présumé du créancier et quand il n'y a plus de raisons d'une survivance de quelque droit que ce soit.

Ce qui détermine l'extinction de l'hypothèque ce n'est pas le fait de la réunion chez une même personne des qualités de créancier et de propriétaire, mais la volonté présumée du créancier de renoncer à son hypothèque, lorsqu'elle grève un immeuble dont il est devenu propriétaire. Si les circonstances sont telles qu'elles ne permettent pas de supposer chez le créancier la volonté de renoncer à l'hypothèque la confusion n'entraînera pas l'extinction de l'hypothèque.

Après avoir vu comment se présente le droit des créanciers hypothécaires et comment s'expliquent les droits hypothécaires que l'acheteur a sur sa propre chose — ce qui constitue le point le plus difficile de ce cas de *successio in locum* et qui éclairera notre exposé dans la suite — il nous reste à expliquer le mécanisme de son fonctionnement, quelles sont les conditions requises et quels sont les effets et les rapports entre le premier créancier et le débiteur, ainsi qu'entre les autres créanciers subséquents et le premier.

(1) Pothier : *Coutume d'Orléans*, Intr. au titr. XX, n° 72 et 73.

*Section deuxième. — Mécanisme du fonctionnement
de la successio in locum en cas de vente.*

Conditions requises.

37. — En quoi consiste cette *successio in locum creditoris*? Un tiers acquéreur d'un bien hypothéqué, impose au débiteur, son vendeur, d'employer le prix à payer les plus anciens créanciers ayant hypothèque sur la chose achetée. Il jouit du bénéfice d'une *successio in locum*, dans ce sens qu'attaqué par les créanciers postérieurs, il a, pour repousser leurs attaques, la force dont jouissaient les créanciers payés de ses deniers. *Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt quibus obligata fuit possessio quam emisse te dicis; ita ut pretium perveniret, ad eosdem creditores, in jus eorum successisti et contra eos, qui infirmiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes.* Cod. 8. 18. 3. Aussi D. 20. 4. 17. Code Civil, art. 1251.

Cette disposition a pour effet de donner à l'acquéreur le moyen de conserver le bien par lui acquis, par la *successio in jus creditoris*, c'est-à-dire qu'il a le même droit (1) « *jus* » que le créancier payé, comme moyen de défense. D'autre part, si le bien est vendu, cette *successio* lui servira, en se prévalant des droits de son créancier désintéressé, à recouvrer le prix de son acquisition : « *et contra eos qui infirmiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes* ».

38. — Mais comment peut-on arriver à ce résultat? Nous avons démontré dans la section précédente, combien est erronée l'opinion de ceux qui croient que l'acquéreur a une hypo-

(1) Remarquons que le texte emploie l'expression de *succedere* « *in jus creditoris* » et non « *in locum creditoris* » ce qui est plus conforme à l'intention des parties et au but de l'institution *successio in locum*. Nous développons ce point dans le chapitre concernant la nature juridique.

thèque sur sa propre chose. Nous avons dit qu'il a seulement les moyens de défense que l'hypothèque lui procure, car la dette que garantissait cette hypothèque n'est pas payée.

L'acquéreur a mieux qu'une hypothèque. Il a le droit réel de propriété et c'est ce droit qui se trouve selon l'expression des textes affermis par l'extinction de la créance hypothécaire : « *emptoris causa melior efficitur* ». D. 20. 3. 3. — Le droit de propriété (1) joue ici un rôle tout à fait spécial, analogue à celui du gage et ce qui le prouve c'est que les créanciers postérieurs conservent le droit d'offrir à l'acquéreur — le *jus offerendi* — et de revendre ensuite.

Le droit de propriété est comme une garantie du prix payé par l'acquéreur, garantie qui s'éteindra naturellement quand le prix sera remboursé.

Quelles sont les conditions de cette succession?

39. — Il faut que le prix soit remis au premier créancier hypothécaire. « *Eum qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit* ». D. 20. 4. 17. Aussi « *ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores* ». Cod. 8. 18. 3. Ces lois n'obligent pas l'acquéreur à effectuer lui-même le paiement; il suffit que le prix reçoive la destination qu'elles lui assignent. L'acheteur a tout intérêt à remettre lui-même le prix d'achat au premier créancier pour que la question de l'emploi du prix ne se pose plus. Il faut seulement que de toute manière le prix reçoive la destination nécessaire. Car si le prix ne reçoit pas cette destination, qui est de payer le premier créancier, la *successio in locum* ne se produira pas au profit de l'acquéreur.

(1) Hardy : *Successio in locum creditoris*, p. 33.

40. — Il faut qu'il intervienne une convention entre les parties et qui fasse se produire les effets de la *successio in locum*. L'acquéreur devra établir qu'en effectuant son paiement entre les mains des créanciers hypothécaires, il s'est conformé à ce qui avait été convenu entre les parties. Cela résulte des termes employés par les textes : « *ita ut pretium perveniret ad priores creditores* ». Cod. 8. 18. 3. Le mot « *ut* » indique le but déterminé par les parties, la cause du paiement. Cela suppose qu'il y a eu un accord préétabli entre eux.

Mais cette convention résulte nécessairement du texte principal qui impose d'une manière générale pour tous les cas de *successio in locum*, de faire une convention, un pacte *ad hoc*. Nous avons déjà eu l'occasion de parler de ce texte. « *Non omni modo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit, hoc enim tunc observatur cum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur et in locum ejus succedat.* » Cod. 8. 18. 1. Nous répétons que ce pacte obligatoire pour toute personne qui voulait succéder à la place du créancier payé, avait déterminé les rapports entre parties et les clauses stipulées par chacune.

C'est dans ces clauses que l'acheteur obligeait le créancier hypothécaire à lui céder ses moyens de défense. L'acheteur ne succède pas seulement à la place mais aux droits du créancier payé : « *in jus eorum successisti* ». Cod. 8. 18. 3.

Il eût été difficile sans cette condition de savoir si la *successio in locum* avait eu lieu et si le paiement n'avait pas été opéré avec d'autres fonds que ceux qui provenaient du prix de vente.

La *successio in locum* ne se produit pas de plein droit. L'acheteur a le droit de la demander, mais s'il ne l'a pas demandé, il ne peut pas en profiter. Ceux qui croient que la *successio in locum* se produit de plein droit se trompent. L'acheteur ne peut pas se prévaloir de cette succession sans

avoir expressément stipulé la subrogation. Du reste, les Empereurs Sévère et Caracalla, auteurs de cette constitution, indiquent clairement qu'il n'y a pas de *successio in locum* sans stipulation expresse. « *Quod cum in tua persona factum non sit, frustra putas tibi auxilio opus esse constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis. Judicatum est enim te pignora non accepisse.* Cod. 8. 18. 1. Le but même de la constitution a été d'imposer cette obligation : « ... *constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis.* » Il n'y a pas à chercher une autre explication à l'encontre de ce texte si clair. Pothier (1) est du même avis que la subrogation ne se produit pas de plein droit. « Lorsque l'acquéreur, dit-il, n'a pas requis la subrogation, il n'y a aucune loi qui le subroge de plein droit. » Il atténuait la rigueur de cette solution en accordant, en l'absence de toute stipulation, à l'acquéreur qui a payé de ses deniers le premier créancier hypothécaire, une exception de dol (2). Il s'appuie sur les textes suivants : D. 20. 4. 17. Cod. 8. 18. 3.

D'autres auteurs anciens croient que cette succession en cas de *jus offerendi* doit se produire de plein droit. Cujas (3) dit : « *jure succesisti sic interpretor* ». La même affirmation est faite par Renusson (4), Beraut (5), Brodeau (6), Dumoulin (7).

Nous croyons qu'à l'époque où ces auteurs écrivaient, la *successio in locum* avait ainsi évolué. Il leur paraissait très naturel que la subrogation se produise de plein droit. Mais à l'époque romaine elle ne se produisait pas de plein droit. Sans la convention dont les textes nous parlent très claire-

(1) Pothier : *Introduction à la coutume d'Orléans*, n° 73.

(2) Chachuat E. : *op. cit.*, p. 59.

(3) *Paratitla Comm.*; lois 2 et 3, cod. Livr. 8 « de his qui ».

(4) Renusson : *De la subrogation*, ch. V, n° 2.

(5) Beraut : *Commentaire sur la coutume de Normandie*.

(6) Brodeau : *Commentaire sur Louet*, T. 1. p. 318.

(7) Dumoulin : *Contrats usuraires*, n° 47.

ment, il n'y avait pas de *successio in locum* au profit de l'acquéreur.

41. — Il est nécessaire que le paiement ne soit effectué par l'acquéreur que lorsqu'il a été rendu propriétaire; sinon l'hypothèque s'éteignant avant qu'il pût bénéficier de la subrogation, la place devenue vacante serait occupée par les créanciers postérieurs ou par une autre personne qui aurait reçu tradition de la chose hypothéquée.

42. — Il peut arriver que le paiement soit fait de nouveau par l'acquéreur, parce que le prix d'achat qu'il a déjà payé une première fois n'a pas été employé à désintéresser le premier créancier et qu'il ne peut pas bénéficier de la subrogation, conformément aux règles établies. L'acheteur restera tenu dans ce cas, envers les créanciers postérieurs qui peuvent le poursuivre. Cela résulte d'une décision de Marcien : « *ac perinde secundo creditori teneatur ac si soluta sit pecunia priori creditori, quaeritur, et recte puto hoc admittendum est* ». D. 20. 4. 12. 1. Il est certain que dans ce cas l'acheteur ne restera pas sans recours contre le débiteur principal, contre qui il peut se retourner par les actions du premier créancier payé qu'il a acquises. Ou bien il peut avoir une *condictio* pour reprendre son argent.

Si le prix a été remis au débiteur et que celui-ci étant insolvable ou gardant le prix pour lui, ne l'a pas donné au premier créancier, ce premier créancier impayé peut poursuivre le bien dans les mains de l'acheteur. Celui-ci au lieu de délaisser le bien, préférera payer encore une fois; mais il demandera la cession d'actions du premier créancier pour pouvoir se retourner contre le débiteur.

Ici on fait l'application du Digeste 20. 5. 13 : « *jus suum cedere debet.* »

Section troisième. — L'étendue et les effets
de la *successio in locum* au profit de l'acquéreur.

43. — L'acquéreur ne peut succéder qu'à l'hypothèque qui grève le bien acquis par lui. Cela résulte de textes clairs : « *Eum qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.* D. 20. 4. 17. De même Cod. 8. 18. 3.

Il succède au premier créancier seulement dans la mesure du prix du bien acquis par l'acheteur et non pas des autres biens qui pourraient être en hypothèque. Dans cette mesure, il est protégé contre le recours des créanciers postérieurs : « *eatenus tuendus est et contra eos qui infirmiores fuerunt justa defensione te tueri potes.* » Cod. 8. 18. 3. L'ancienne jurisprudence admettait aussi que la subrogation au profit de l'acquéreur ne se produisait que quant au bien acquis par lui et non aux autres biens hypothéqués.

Ainsi Cujas (1) : « *In ea re, emptor prior erit omnibus creditoribus si qui sunt* ». De même Renusson (2).

44. — Les effets entre le créancier hypothécaire et l'acheteur. Quels sont les effets qui se produisent entre le créancier hypothécaire vendeur et l'acheteur?

D'après les règles générales connues, le vendeur doit livrer la chose à l'acheteur et garantir la possession paisible : « *Venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo* ». D. 19. 4. 1. pr.

L'obligation du créancier hypothécaire vendeur n'est pas tout à fait la même. Il doit livrer la chose s'il en est en possession et au cas contraire il doit céder ses actions : « *Creditor, qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet et si pig-*

(1) Cujas : *op. cit.* Liv. VIII, l. 2 et 3.

(2) Renusson : *op. cit.*, chap. 5, n° 42.

nus possidet tradere utique debet possessionem ». D. 20. 5. 13.

Voilà toutes ses obligations : livrer la chose s'il est en possession, donner ordre au débiteur de la remettre à l'acheteur au cas contraire et céder ses actions.

Le créancier hypothécaire vendeur, n'est pas garant d'éviction comme tout autre vendeur. En cela consiste une des grandes différences entre lui et un vendeur ordinaire : « *Etsi is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest* ». D. 20. 5. 10.

Nous savons d'autre part, que le vendeur peut écarter sa responsabilité en cas d'éviction de la chose vendue par une convention, mais même avec ce pacte et toute autre convention il ne reste tenu que de rendre le prix.

45. — Le créancier hypothécaire vendeur n'est pas obligé de rendre le prix, même quand il y a un pacte de non responsabilité : « *Si jure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum* ». D. 19. 1. 11. 16. Et quand il a fait un pacte : « *proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est; ex stipulatu non tenebitur* ». D. 19. 1. 11. 18.

Le seul cas où le créancier hypothécaire est responsable est en cas de vol : lorsqu'il sait que la chose qu'il vend n'est pas la propriété de son débiteur et qu'il la vend quand même : « *si non repromiserit, sciens tamen sibi non obligatam vel non esse ejus qui sibi obligavit, vendiderit, tenebitur ex empto, quia dolum eum praestare debere ostendimus* ». D. 19. 1. 11. 16.

46. — Pourquoi n'est-il pas responsable?

Jourdan (1) dit que « *in venditione creditor suum negotium gerit* », c'est-à-dire qu'il est premier en rang et qu'en cette qualité il a le droit absolu de disposer de la chose. Il est tenu

(1) Jourdan : *op. cit.*, p. 533.

de garantir sa qualité de premier créancier, pas plus. Cela lui suffit pour exercer ses actions : « *quoniam hoc utique praestare debet qui pignoris jure vendat, potiore se ceteris esse creditoribus* ». Cod. 8. 46. 1.

Il n'est pas responsable car en vendant en sa qualité de premier créancier il a présenté la chose comme étant à son débiteur (1). Jourdan (2) dit qu'on peut signaler ici une analogie entre le créancier hypothécaire qui vend et un créancier qui cède sa créance. L'un affirme une créance personnelle, l'autre une hypothèque en premier rang.

47. — Tous ces effets se produisent lorsque le créancier vend en sa qualité de créancier hypothécaire. Mais lorsqu'il vend comme étant propriétaire, c'est-à-dire présentant la chose comme si elle était sa propriété, il sera responsable d'éviction d'après les règles de droit commun. De même lorsqu'il est coupable de dol, sachant que son débiteur n'était pas propriétaire. D. 19. 1. 11. 16.

En général il répond de son dol et il y a dol quand il sait que le débiteur n'est pas propriétaire, quand il se donne comme propriétaire, quand il sait qu'il n'est pas créancier hypothécaire du premier rang (3).

48. — Rapports entre l'acheteur et le débiteur.

Nous avons vu quels sont les rapports entre le créancier hypothécaire qui vend et l'acheteur. Il faut voir maintenant quels sont les rapports entre le débiteur et l'acheteur.

Le premier créancier quand il vend passe à son acheteur le droit de propriété intégral. Lorsque l'acheteur a désintéressé avec le prix d'achat le premier créancier, il n'a rien à craindre.

(1) Accarias : *op. cit.*, T. I, p. 743.

(2) Jourdan : *op. cit.*, p. 534.

(3) Jourdan : *op. cit.*, p. 533.

Il est propriétaire avec toutes les forces nécessaires que le droit de propriété peut lui offrir. Il a une propriété purgée de toute charge.

Cette situation est inexpugnable tant qu'il n'est pas évincé. Quand il est évincé sa situation commence à être difficile car son vendeur ne l'a pas garanti contre l'éviction.

Sera-t-il sans moyens de défense pour se faire rembourser l'argent qu'il a dépensé pour l'achat de la chose? Il serait inique qu'il ne puisse rentrer en possession de son argent. Un principe général de droit nous apprend que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

49. — Il doit avoir un recours contre le débiteur qu'il a libéré par son paiement, car la dette qui devait être payée par lui, n'est pas éteinte.

Quel sera le recours? Il ne peut pas l'exercer par *actio empti* (1), car les rapports d'acheteur et de vendeur ne se sont pas passés entre eux, ni par l'*actio de mandat*, car il n'est pas son mandataire, ni par l'*actio institutoria* parce que l'acheteur n'est pas son préposé.

D'abord l'acheteur ne réclame pas la chose achetée qui lui a été prise, mais seulement l'argent qu'il a déboursé. Les jurisconsultes romains ont essayé de trouver un moyen de défense pour l'acheteur et tous ceux qui se sont occupés de la question donnent des solutions diverses.

Hermogenien lui donne une action *utile ex empto*. « *Ex empto contra eum qui pretio liberatus est, non quanti interest, sed de pretio dumtaxat eiusque usuris habita ratione fructum dabitur.* » D. 21. 2. 74. 1.

Ulpien lui accorde une cession d'actions.

« *In creditore qui pignus vendidit tractari potest; an re*

(1) Jourdan : *op. cit.*, p. 538.

evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet : habet autem contrariam pignoratitiam actionem et magis est ut praestet : cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem : quod sine dispendio creditoris futurum est ». D. 21. 2. 38 (1).

Ulpien est plus clair, et plus net. Il dit qu'il faut céder les actions du créancier vendeur à l'acheteur et il indique quelle peut être une de ces actions : *actio pignoratitia contraria*. Il donne même la raison pour laquelle cette cession lui semble assez naturelle. Il n'y a pas de préjudice pour le créancier et il serait inique qu'on prive l'acheteur d'un moyen qui pour le vendeur est sans utilité.

Jourdan (2) nous dit quel aurait été le mécanisme de cette cession. On suppose qu'un pacte serait intervenu et qu'alors le créancier hypothécaire aurait cédé ses actions à l'acheteur (3).

Tout en étant de l'avis d'Ulpien et de celui que Jourdan indique ici, nous croyons que ce pacte dont il parle, non seulement serait intervenu entre les parties, mais qu'il le serait nécessairement, car pour succéder aux créanciers hypothécaires il fallait en tous cas et en toute situation faire un pacte. Nous l'avons dit et nous le répétons ici encore, pour bien insister sur sa nécessité. Sans ce pacte il n'y a pas moyen de succéder à la place d'un créancier hypothécaire et il n'y a pas de moyens de défense.

« *Non omnimodo* » on peut succéder à la place d'un créancier hypothécaire. Cod. 8. 18. 1. et aussi « *non omnimodo* » on peut avoir les actions du premier créancier. Nous avons

(1) Jourdan : *op. cit.*, p. 540.

(2) Jourdan : *op. cit.*, p. 540.

(3) Cette explication nous servira à démontrer la nature juridique de la *successio in locum*, contre l'opinion de Jourdan même, car il n'admet pas une cession d'actions quand il s'agit de la nature juridique.

expliqué cette idée dans les chapitres précédents et nous l'expliquerons davantage plus loin, car elle constitue en quelque sorte la pierre maîtresse de cette institution. Dans ce pacte obligatoire l'acheteur imposait au vendeur, le créancier hypothécaire, de lui céder ses actions.

Tryphonius accorde à l'acheteur une action utile *negotiorum gestorum* : « *sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur : quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat* ». D. 20. 5. 12. 1.

On voit que l'acheteur a la situation la plus favorable lorsqu'il se fait céder les actions du créancier payé. D'autre part, les actions utiles lui procurent une situation équivalente, de sorte que de toutes façons, il ne se trouve jamais en dehors de toute protection légale, comme il le serait s'il ne prenait que le rang hypothécaire dépourvu de toute action ainsi que l'enseigne la doctrine actuelle sur la nature juridique de cette institution.

50. — Nous allons voir maintenant quelle est la situation des créanciers postérieurs après la vente.

Pour résoudre ce problème il faut faire une distinction : lorsque la vente a été faite par le premier créancier et lorsqu'elle a été faite par un créancier postérieur en rang.

a) Dans le premier cas, nous savons que seul le créancier premier en rang a le droit de vendre et de transférer à son acheteur une propriété purgée de toute charge avec une sécurité parfaite. Lorsque la vente a été ainsi faite les créanciers postérieurs n'ont pas le droit d'intervenir. Cela ne veut pas dire que leur action hypothécaire est totalement éteinte, mais ils ne peuvent pas l'intenter contre le premier créancier et contre celui qui lui a acheté. « *Si simpliciter convenisset se-*

cundus creditor de hypotheca, ab omni possessore eam auferre poterit praeter priorem creditorem et qui ab eo emit ». D. 20. 4. 12. 7.

Les créanciers postérieurs pourront triompher contre un tiers détenteur, mais ils ne le pourront pas contre l'acheteur et contre tout autre qui est dans « les droits du premier créancier » (1), c'est-à-dire contre ses successeurs, car ils seront repoussés par une *exceptio* : « *si non nihi ante pignori nomine sit res obligata* ». D. 20. 4. 12. pr.

Les créanciers postérieurs avaient un moyen de ne pas laisser les choses en arriver là : exercer le *jus offerendi* contre le premier créancier. Mais dès que la chose a été vendue par le premier créancier le *jus offerendi* ne subsiste plus : « *cum prior creditor pignus jure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse jus offerendae pecuniae convenit* ». D. 20. 5. 3. pr. Une situation absolument identique se présente lorsque la vente a été faite par le débiteur avec le consentement du premier créancier. Dans ces deux cas il n'y a plus lieu pour les créanciers postérieurs d'exercer le *jus offerendi*. « *Si tamen debitor non interveniente creditore vendiderit, emptori poterit offeri* » D. 20. 5. 3. 1., — c'est-à-dire que lorsque la vente est faite « *interveniente creditore* » le *jus offerendi* ne pourra plus être exercé.

b) Dans le deuxième cas lorsque la vente a été faite par le débiteur sans le consentement du premier créancier, les créanciers postérieurs peuvent exercer le *jus offerendi* contre cet acheteur. D. 20. 5. 3. 1., le texte précité.

La vente ne peut pas être résolue par le débiteur lorsqu'elle a été faite par le premier créancier, car celui-ci a le droit d'y

(1) Jourdan emploie cette idée ici. Cela veut dire qu'il est de notre avis quand il fait ceci et contre sa doctrine sur la nature juridique, p. 543.

procéder. Mais si ce créancier a stipulé une clause de restitution de la chose, en lui rendant le prix, le débiteur qui a désintéressé le premier créancier, pourra résilier la vente du chef du premier créancier en se faisant céder son droit : « *Si creditor pignus vendiderit hoc pacto, ut liceat sibi reddere pecuniam et pignus recuperare : an si paratus sit debitor reddere pecuniam, consequi id possit? et Julianus scribit recte quidem distractum esse pignus, ceterum agi posse cum creditore, ut, si quas actiones habet, eas cedat debitori* ». D. 20. 5. 7.

De tout ce que nous venons de dire sur la vente du bien hypothéqué, il résulte que la *successio in locum* ne fonctionne que lorsque la vente a été faite par le débiteur : « *non interveniente creditore* », sans l'intervention du premier créancier. Dans les autres cas lorsque la vente a été faite par le premier créancier ou par le débiteur avec le consentement du premier créancier, il n'y a pas lieu de faire fonctionner la *successio in locum*, car cette vente est translatrice de propriété protégée par la « *rei vindicatio* », à la suite du droit absolu de vendre une propriété parfaite que le premier créancier détient de la loi.

Comment le premier créancier vendeur peut-il transférer la propriété à l'acheteur quand il n'est pas propriétaire? La réponse nous est donnée par les textes que nous avons mentionnés et aussi par Doneau, dans son commentaire sur le Code, livre VIII, Tit. 18, p. 800. « *Sed quomodo dominium transferre potest creditor, qui dominus non fuit, cum regulæ juris non patiantur plus juris quemquam in alium transferre, quam ipse habet? Nihil hic fit adversus regulas juris, nam cum creditor pignus distrahit et alienat, ipse debitor alienare videtur qui dominus fuit alienatur enim ejus voluntate, qui ab initio ita dedit ut creditori distrahere liceret* ».

CHAPITRE TROISIEME

LE TROISIÈME CAS DE SUCCESSIO IN LOCUM : JUS OFFERENDI ET SUCCEDENDI

Section première. — Définition. — Caractère. — Utilité. —
A) Définition et caractère. — 51. Définition de Haubold. — 52. Caractère de la définition. — 53. Nécessité du *jus offerendi*. — 54. Erreur commune sur la définition. Notre définition. — B) Utilité du *jus offerendi*. — 55. Le premier créancier peut faire une vente inopportune. — 56. Collusion entre le débiteur et le premier créancier. — 57. Danger produit par l'insolvabilité du premier créancier. — 58. Manque de soin du premier créancier pour la chose hypothéquée. — 59. La suppression du pacte commissaire. — 60. L'interprétation du droit acquis par le créancier qui a exercé le *jus offerendi*. — 61. Son exercice contre la volonté de celui contre lequel il est exercé.

Section deuxième. — Qui peut exercer le jus offerendi et succedendi. — 62. En règle générale tous les créanciers postérieurs. — 63. Existe-t-il au profit du premier créancier contre les créanciers postérieurs? — 64. Raison de lui accorder ce droit. — 65. Interprétation du texte de Paul Sent II 13, 8. — 66. Le *jus offerendi* peut être exercé par un créancier conditionnel. — 67. Par tout créancier hypothécaire. — 68. Le pupille ne peut pas l'exercer sans l'*auctoritas* de son tuteur. — 69. En cas de droits égaux. — 70. Par un créancier chirographaire ou par un tiers. — 71. Par le possesseur du bien hypothéqué. Sens de cette situation. — 72. Le *jus offerendi* est-il donné de plein droit? — 73. L'analyse du *jus offerendi et succedendi*. — 74. Quand doit-on exercer le *jus offerendi*?

Section troisième. — Conditions d'exercice du jus offerendi. — 75. Paiement complet du créancier désintéressé. — 76. Observer

les règles que le débiteur devait respecter. — 77. Il faut être créancier hypothécaire. — 78. Lorsque le créancier payé est aussi chirographaire.

Section quatrième. — Contre qui peut être exercé le jus offerendi? — 79. Contre tout créancier. — 80. Contre une personne qui a acquis un droit réel sur le bien hypothéqué. — 81. Contre un fidéjusseur. — 82. Contre l'acheteur de mauvaise foi. — 83. Contre celui qui a acheté du débiteur. — 84. Contre le créancier qui a acheté du débiteur. — 85. Contre le premier créancier qui a acheté le bien hypothéqué ou a reçu une *datio in solutum*. — 86. Contre un créancier privilégié.

Section cinquième. — Les effets du jus offerendi et succedendi. — 87. Le débiteur reste tenu vis-à-vis de l'*offerens*. — 88. Il prend la place du désintéressé. — 89. L'acquisition de tous les droits du créancier payé. — 90. La situation de l'acheteur qui exerce le *jus offerendi*. — 91. Les intérêts en cas de *jus offerendi*. — 92. Celui qui exerce le *jus offerendi* avait une créance naturelle.

Section sixième. — L'extinction du jus offerendi. — 93. La vente faite par le premier créancier. — 94. La vente faite par le débiteur avec le consentement du premier créancier. — 95. Renonciation à l'hypothèque. — 96. La prescription du *jus offerendi*.

Section première. — Définition. Caractère. Utilité.

A. — Définition et caractères

51. — Dans les textes romains nous ne trouvons pas une définition du *jus offerendi et succedendi*. Dans l'usage commun du droit, on dit que le *jus offerendi* est le droit qu'a un créancier hypothécaire de payer un autre créancier hypothécaire qui le prime, afin de prendre sa place.

Haubold (1) le définit de la manière suivante : « C'est la faculté d'obtenir les avantages du rang d'un créancier hypothécaire préférable. Ce droit est accordé à celui qui offre et paye au premier créancier ce qui lui est dû et de cette manière il succède à son rang et confirme ainsi son propre droit ».

(1) Haubold : *Opuscula academica. De jure offerendi*, p. 601.

52. — De cette définition on peut tirer les caractères que renferme le *jus offerendi* : l'argent doit être réellement payé, et non seulement offert, ce droit est une prérogative d'un créancier déjà hypothécaire, et il a pour but de donner à l'*offerens* le rang hypothécaire du créancier payé.

Mais cette définition ne paraît pas complète car elle ne parle pas de la faculté que le premier créancier a d'offrir aux postérieurs.

La définition de Haubold est inspirée surtout de la préoccupation principale qui a déterminé le législateur par la création du *jus offerendi*.

Seul le premier créancier avait une situation forte en droit romain. S'il est en possession de la chose hypothéquée personne ne peut lui faire perdre son droit, car il serait repoussé par l'exception : « *si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata* ». D. 20. 4. 12. pr.

Il peut vendre la chose comme étant à son débiteur et il n'est pas garant contre l'éviction. Cod. 8. 45. 1.

53. — Vu la situation si forte de ce premier créancier la jurisprudence romaine a cherché à améliorer aussi la position des créanciers postérieurs pour leur donner le caractère de créanciers hypothécaires, ayant un droit réel qu'ils pourraient faire valoir d'une manière plus efficace.

On a créé le *jus offerendi*. D. 20. 4. 11. 4. Cod. 8. 18. 8.

En présence du premier créancier le *jus offerendi* est le seul moyen d'améliorer leur situation. « *Diversis temporibus eadem re duobus jure pignoris obligata eum, qui prior data mutua pecunia pignus accipit, potiozem haberi certi ac manifesti juris est, nec alias secundum distrahendi potestatem huius pignoris consequi, nisi superiori creditori debita fuerit soluta quantitas* ». Cod. 8. 18. 8.

Donc, les créanciers postérieurs ne peuvent exercer leurs

droits qu'en regardant l'obligation de désintéresser le premier. Ils peuvent saisir le gage partout où il se trouve sauf entre les mains du premier créancier et de celui qui a acheté de lui. D. 20. 4. 12. 7.

La situation des créanciers postérieurs était d'autant plus désastreuse que la vente consentie de bonne foi par le premier créancier purgeait l'objet de toutes les hypothèques. Non seulement cela, mais le bien pouvait être vendu en temps inopportun de manière à ce que seul le premier créancier soit désintéressé.

La pratique et la jurisprudence ont remédié à cette situation par la création du *jus offerendi*.

54. — Nous avons dit que la définition donnée par Haubold est incomplète, car elle ne contient pas le droit qu'a le premier créancier d'offrir aux postérieurs.

Mais nous croyons aussi qu'on fait une erreur quand on donne couramment, le nom de *jus offerendi* tout court, à ce moyen de prendre la place d'un créancier hypothécaire. Car, ce droit se compose de deux parties : le *jus offerendi* et *succedendi*, c'est-à-dire le droit d'offrir qui est le moyen de l'exercer et le droit de succéder qui est le but. Ainsi nous pouvons définir le *jus offerendi* et *succedendi* : Un droit que tout créancier hypothécaire a de payer un autre, — c'est le *jus offerendi* —, paiement qui procure à sa nouvelle créance le rang et les avantages du créancier désintéressé, c'est le *jus succedendi*.

B. — L'utilité du *jus offerendi* et *succedendi*

55. — Quelle utilité présente l'exercice du *jus offerendi* et *succedendi*? Nous avons déjà vu quelques-uns de ces avantages. Le premier créancier pourrait vendre seul, sans s'occuper des créanciers postérieurs. Il se peut aussi qu'il ne veuille

pas faire les affaires de tous les créanciers hypothécaires au mieux de leurs intérêts. Ainsi il est possible qu'à une époque les biens se transmettent facilement, à un bon prix et on peut espérer que tous les créanciers seront payés ou à peu près. Or le premier créancier ne veut pas vendre le bien, car il y trouve un placement avantageux qu'il désire conserver. A l'inverse, à un moment de crise, le premier créancier ayant besoin d'argent vendra dans des conditions défavorables et les autres créanciers ne pourront pas être payés.

56. — Il se peut aussi qu'il y ait entente entre le débiteur et le premier créancier pour retarder la vente en considération d'avantages qui leur sont particuliers. Le *jus offerendi et succedendi* peut les en empêcher.

57. — Le premier créancier après la vente des biens hypothéqués, ne doit remettre que l'hyperocha, l'excédent, aux autres créanciers qui n'ont plus, à partir de cette vente, qu'une action personnelle contre le débiteur pour se faire rembourser de leur créance. De même ils n'ont qu'une action personnelle contre le premier créancier pour demander l'excédent, l'hyperocha, car l'action hypothécaire est éteinte : « *Si vendidit is qui ante pignus accipit, persecutio tibi hypothecaria, superesse non potest.* » Cod. 8. 20. 1.

Si ce premier créancier est insolvable, et, qu'ayant déjà un grand nombre de créanciers personnels le prix de vente a été intégralement versé dans leur masse, les autres créanciers qui venaient en concours avec lui sur le bien vendu deviendront ses créanciers personnels et ne toucheront peut-être qu'une partie de leur créance.

Le *jus offerendi* présentera le plus d'avantages, car par son exercice les créanciers postérieurs pourront garder le bien et préviendront un résultat désavantageux pour eux.

58. — Si le premier créancier est en possession du gage et s'il n'en a pas soin comme par exemple dans le cas d'un esclave, qui est malade ou d'une maison qui menace ruine et à laquelle il ne fait aucune réparation, les créanciers postérieurs auront intérêt à se mettre en possession, en lui remboursant sa créance, et de cette manière assurer la conservation de la chose hypothéquée.

59. — A l'époque classique, le pacte commissoire était permis. Le premier créancier pouvait stipuler avec le débiteur que, au cas de non remboursement à l'échéance, il garderait le bien en paiement. Ce pacte faisait perdre aux autres créanciers tous leurs droits si le débiteur ne payait pas. Ils avaient donc grand intérêt à désintéresser le premier créancier et à garder le bien. A partir de Constantin, il est vrai, ce pacte a été prohibé et l'intérêt à exercer le *jus offerendi* en ce cas a disparu. « *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri* ». Cod. 8. 35. 3.

60. — Par le *jus offerendi*, le créancier hypothécaire qui l'a exercé, voit sa situation raffermie. « *Ita jus suum confirmare potest* ». Cod. 8. 18. 1. Cela veut dire qu'il arrive à avoir une situation avantageuse, qu'il n'avait pas auparavant, car sa situation est améliorée pour la créance qu'il a acquise en payant le premier créancier mais seulement pour elle. La créance primitive reste dans son ancien état, c'est-à-dire que s'il était créancier en troisième rang, il restera troisième en rang pour cette créance et verra sa situation améliorée seulement pour ce qu'il a acquis en payant le premier créancier dont il a obtenu les avantages très grands que la loi confère au premier créancier. (Droit de possession, de vente, de poursuite, de préférence.)

Nous ne sommes pas de l'avis de ceux (1) qui croient que le créancier qui exerce le *jus offerendi* devient premier en rang pour sa propre créance. Nous disons qu'il a deux créances. Celle qu'il a acquise de son premier créancier, qui a le premier rang et qui lui donne les *prérogatives* attachées à ce rang et celle qu'il avait de son propre chef, et qui garde son ancien rang, car il ne peut pas changer par son paiement la situation des autres créanciers hypothécaires postérieurs. D. 20. 4. 20. D. 20. 4. 17.

61. — Le *jus offerendi* constitue un droit pour les créanciers postérieurs et pour cela il peut être exercé même contre la volonté du premier créancier. S'il ne veut pas accepter le prix de sa créance, il y a lieu à consignation et la *successio in locum* n'en aura pas moins lieu : « *cum obtulisset isque accipere noluisse, eam obsignavit et deposuit nec in usus suos convertit.* Cod. 8. 18. 1.

Section deuxième. — Qui peut exercer le jus offerendi et succedendi?

62. — En règle générale, le *jus offerendi* est exercé par un créancier postérieur contre le premier créancier, car le but de l'exercice, est d'entrer dans les droits les plus efficaces que l'hypothèque offre et qui sont détenus par le premier créancier.

Il peut être exercé aussi contre un autre que le premier. Par le troisième contre le deuxième ou par le quatrième contre le troisième.

63. — Mais ce droit peut-il exister au profit des créanciers

(1) Dethau G. : *De jure offerendae pecuniae*, p. 10.

antérieurs? Un créancier premier en rang peut-il payer un second créancier pour succéder à sa place?

La question ne se pose évidemment que si on peut découvrir quelques avantages pour le premier créancier hypothécaire.

64. — Supposons que le premier créancier a le premier et le troisième rang. Il peut être utile pour lui de désintéresser le créancier qui occupe le second rang, car il n'aura plus à craindre une intervention étrangère, et il est libre de diriger ses poursuites hypothécaires au mieux de ses intérêts (1). Supposons, d'autre part, que le premier créancier hypothécaire soit titulaire contre le même débiteur de créances chirographaires. La loi unique au Code 8. 27. lui donne le droit de retenir le gage jusqu'à entier paiement de toutes ses créances aussi bien chirographaires qu'hypothécaires.

Il est évident que dans ce cas, il est intéressé à se servir du *jus offerendi* à l'encontre du second créancier, car si par hasard, celui-ci s'avisait d'exercer le *jus offerendi*, les créances chirographaires du premier créancier ne se trouveraient plus garanties.

Il doit prendre les devants.

Le premier créancier peut avoir intérêt à conserver un placement qui lui est avantageux.

Il peut désirer écarter les créanciers qui lui contesteraient son rang.

Il peut donc y avoir grand intérêt pour un premier créancier à user du *jus offerendi*. Mais peut-il l'exercer?

L'affirmative ne fait pas de doute, car nous avons un texte précis de Paul : « *Novissimus creditor prior oblata pecunia, quo possessioni eum transferetur dimittere potest. Sed si prior*

(1) Hardy : *op. cit.*, p. 50.

creditor secundum creditorem si voluerit dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit ». Sent Paul 2. 13. 8.

65. — On pourrait discuter (1) cependant sur ce texte, en prétendant que le premier créancier ne peut pas exercer le *jus offerendi* contre le second, en s'appuyant sur le Code 8. 18. 5. : « *Prior quidem creditor compelli non potest tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre : sed si tu ei omne quod debetur solveris, pignoris tui causa firmabitur* ».

Ce texte ne dit pas que le premier créancier n'a pas le droit d'exercer le *jus offerendi*. Il dit simplement que le premier créancier ne peut pas être contraint par le second d'offrir à celui-ci le paiement.

Il ne peut pas être forcé de l'exercer mais, s'il le veut, il le peut : « *compelli non potest* ». Le premier créancier a seulement une faculté dont il peut user à sa convenance. Il se passe ici le contraire de ce qui arrive pour le second créancier qui a un droit et le premier créancier est obligé de recevoir le paiement fait par le second, car, s'il ne veut pas l'accepter, il y a lieu à consignation et le *jus offerendi* se produit malgré lui. Cod. 8. 18. 1. {

On peut tirer un argument du texte de Paul, car dans tous les autres textes, quand ils parlent de l'exercice du *jus offerendi*, il est toujours question d'un créancier postérieur qui offre à un créancier antérieur. D. 20. 4. 16. D. 20. 5. 5. D. 20. 4. 12. 7. D. 20. 4. 12. 9. Cod. 8. 18. 3.

Ceci peut se comprendre facilement, car tous les textes ont dû parler de l'application la plus fréquente. Mais d'autre part, nous ne trouvons aucun texte qui déclare positivement que le premier créancier n'a pas les mêmes droits que les autres

(1) Dethau : *op. cit.*, p. 19.

créanciers. Au contraire le texte de Paul Sent 2. 13. 8. est très affirmatif et lui confère expressément ce droit.

66. — Le *jus offerendi* peut être exercé par un créancier conditionnel, ou contre un créancier conditionnel.

Supposons que la première créance est conditionnelle et que la deuxième créance a été constituée purement et simplement.

Le deuxième créancier peut exercer le *jus offerendi* contre le premier. Si la condition exigée pour la réalisation de la première créance s'accomplit, elle rétroagit. Le premier créancier sera considéré comme ayant toujours été créancier pur et simple. Ici on rentre dans les règles régissant les conditions ordinaires. Si la condition vient à défaillir, il n'a jamais été créancier, il n'a donc jamais eu d'hypothèque. Dans ce cas c'est le deuxième créancier qui doit être considéré comme ayant toujours été premier créancier. Mais pour lui la situation est un peu compliquée, car il a payé le montant de cette créance conditionnelle qui au fond n'était pas due. Pour rentrer dans son argent il aura une *conditio sine causa*.

Dans le cas où la première créance est pure et simple et la seconde conditionnelle, le créancier conditionnel a le droit de prendre des mesures conservatoires. Il peut donc exercer le *jus offerendi* comme une mesure de protection. Si la condition s'accomplit, le deuxième créancier a valablement exercé le *jus offerendi*. Si elle ne s'accomplit pas, il est considéré comme n'ayant jamais été créancier hypothécaire et il pourra par une *condictio indebiti* réclamer au premier créancier ce qu'il a déboursé.

67. — Le *jus offerendi* peut être exercé par tout créancier hypothécaire quel que soit son rang. D. 20. 4. 16.

L'ordre établi dans ce texte est le suivant : le premier sera Tertius pour la somme payée à Primus, le deuxième sera

Secundus et le troisième Tertius pour sa créance originaire.

Par conséquent, le *jus offerendi* peut être exercé contre le créancier qui suit immédiatement en rang ou contre un autre plus éloigné, le quatrième contre le premier, ou bien par un créancier supérieur contre un autre inférieur.

Quelques hypothèses plus compliquées peuvent se présenter.

68. — Un pupille peut-il exercer, sans l'*auctoritas* de son tuteur le *jus offerendi*?

Nous savons que le pupille ne peut pas hypothéquer sans l'*auctoritas* de son tuteur. D. 13. 7. 38.

Cette règle a été insérée surtout dans l'intérêt du débiteur car si le pupille avait le droit de contracter seul une hypothèque, il aurait aussi le droit d'exercer l'action hypothécaire, vendre le bien, prendre l'argent, le dissiper et ne pas libérer le débiteur.

Par le *jus offerendi* il pourrait améliorer sa situation car il acquerrait une position hypothécaire plus favorable. Nous serions tenté de le lui accorder. Mais il ne peut pas exercer le *jus offerendi* sans l'*auctoritas* de son tuteur, car quoiqu'il rende sa situation plus favorable, d'un autre côté il l'aggrave puisqu'il doit faire un paiement. De plus le créancier qui recevrait ce paiement serait exposé à une revendication des deniers (1).

69. — Un autre cas peut se présenter où le *jus offerendi* est en présence de créanciers ayant des droits égaux (2). Il y a deux héritiers d'une créance hypothécaire. Chacun est créancier pour une part égale. Les deux cohéritiers peuvent sortir de l'indivision et l'un d'eux peut intenter contre son cocréan-

(1) Dethau : *op. cit.*, p. 21.

(2) Jourdan : *op. cit.*, p. 602.

cier l'*actio communi dividundo*. Au lieu d'intenter l'*actio communi dividundo*, ils auront un moyen plus simple. L'un d'eux peut exercer le *jus offerendi* contre l'autre. S'ils ne peuvent pas s'entendre le juge pourra condamner l'un à payer à l'autre la moitié de la créance (3). L'un des créanciers désintéresse l'autre pour disposer seul du gage.

70. — Une question importante se pose maintenant.

Le *jus offerendi et succedendi* peut-il être exercé par un créancier chirographaire ou par un tiers quelconque?

La *successio in locum* a pour but de subroger une personne à un créancier hypothécaire qu'elle a désintéressé. Le *jus offerendi et succedendi* est un droit qui n'est accordé qu'aux créanciers hypothécaires, pour améliorer leur situation; il constitue un élément de la grande sphère de la *successio in locum*. Il n'est accordé qu'aux créanciers qui sont actuellement créanciers hypothécaires. Mais, nous savons que personne ne peut succéder aux droits et à la place d'un créancier hypothécaire sans avoir fait préalablement un pacte. Cette obligation est imposée au prêteur qui veut désintéresser le premier créancier, aussi bien qu'à l'acheteur qui paie avec le prix d'achat un créancier hypothécaire. Cela résulte des termes clairs de la loi. D. 20. 4. 12. 8. D. 20. 3. 3. et d'une manière générale Cod. 8. 18. 1.

En conséquence, par extension, toute personne qui paie un créancier hypothécaire, étant obligée de faire un pacte d'hypothèque, donc de devenir créancier hypothécaire, peut exercer ensuite le *jus offerendi et succedendi*. Elle est devenue créancier hypothécaire. Une personne qui est déjà créancier hypothécaire exerce le *jus offerendi* dans un seul temps si on peut s'exprimer ainsi. Celui qui n'est pas créancier hypothécaire

(3) Jourdan : *op. cit.*, p. 603.

doit l'exercer en deux temps. Premièrement, il doit devenir créancier hypothécaire par le pacte qu'il fait en payant un créancier qui est déjà hypothécaire, et en deuxième lieu devenant créancier hypothécaire il peut exercer le *jus offerendi*.

De tout cela nous tirons une conclusion. Le désintéressement d'un créancier hypothécaire peut se produire par deux voies: soit qu'il soit désintéressé par un autre créancier hypothécaire par le *jus offerendi*, soit par un tiers qui n'a pas encore le *jus offerendi*. Et ces deux voies de paiement d'un créancier hypothécaire constituent le cadre du grand titre: *successio in locum*, qui a pour but commun, entrer en place et droits du créancier hypothécaire payé.

En conclusion nous disons qu'en principe, un tiers quel qu'il soit, créancier chirographaire ou non, n'a pas droit au *jus offerendi et succedendi*, mais il peut l'obtenir en faisant le détour par le paiement d'un créancier hypothécaire, comme nous l'avons indiqué plus haut.

71. — Un possesseur du bien hypothéqué a-t-il droit au *jus offerendi et succedendi*?

Nous avons posé le principe fixe, tel qu'il résulte des textes, qu'il faut être créancier hypothécaire pour avoir droit au *jus offerendi*.

Il y a des auteurs qui croient que le *jus offerendi* existe pour le possesseur (1).

Cela peut résulter des textes qu'ils invoquent et où l'on parle de droit d'offrir, « *offerre* ».

« *Qui pignoris jure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscumque, possessor offerre vellet: neque jus petitoris removeatur soluto pignore.* » D. 20. 6. 12. 1. La même idée est affirmée au D. 20. 4. 19.

(1) Dethau : *op. cit.*, p. 29.

Que disent ces textes? Qu'un créancier hypothécaire peut être empêché de saisir la chose hypothéquée qui se trouve dans les mains d'un *possessor*, si celui-ci lui offre le prix de sa créance. Ce possesseur qui veut payer au lieu de délaisser le bien, doit faire un pacte d'hypothèque pour pouvoir succéder aux droits du créancier qui veut lui prendre le bien. Nous sommes ici seulement dans le premier temps, le premier mouvement, que toute personne qui veut prendre la place du créancier hypothécaire doit exécuter, comme nous l'avons démontré plus haut. Il offre le prix au créancier hypothécaire et fait un pacte d'hypothèque, il n'est pas encore créancier hypothécaire pour exercer le *jus offerendi*. Il offre, dit le texte, il n'exerce pas le *jus offerendi*. A partir du moment où il est devenu créancier hypothécaire, il a le *jus offerendi*, le deuxième temps qu'une personne qui n'est pas créancier hypothécaire doit accomplir pour exercer le *jus offerendi*.

En conséquence, un possesseur du bien hypothéqué n'a pas le *jus offerendi* de premier abord. Il l'acquerra après avoir offert le prix de la créance au créancier hypothécaire.

72. — Une autre question plus dogmatique se pose maintenant quant à l'exercice du *jus offerendi*. Est-il donné de plein droit aux créanciers hypothécaires? Si nous appelons le droit tout simplement : *jus offerendi*, nous répondons par l'affirmative. Le droit d'offrir de payer un créancier hypothécaire est de droit « *ipso jure* » donné aux créanciers hypothécaires, car si le créancier qu'on veut désintéresser ne veut pas recevoir le prix de sa créance, il y a lieu à consignation et il se produit quand même. Cod. 8. 18. 1.

Mais si nous appelons ce droit *jus offerendi et succedendi*, l'affirmative n'est plus vraie pour la deuxième partie : *jus succedendi*.

Le droit de succéder n'est pas accordé de plein droit,

car pour succéder à la place d'un créancier hypothécaire, nous avons le principe général, déjà posé, d'une manière inéluctable, qu'il faut faire un pacte, sans distinction de la personne qui veut succéder : « *Non omnimodo succedunt in locum creditoris sed sub hoc pacto* ». Cod. 8. 18. 1.

Glück croit que la *successio in locum* se produit de plein droit en cas de *jus offerendi*. Il s'appuie sur le D. 20. 4. 16, où on emploie l'expression « *plane substituitur* ».

Dans l'espèce présentée par ce texte, il s'agit de savoir si le troisième créancier en déboutant le premier, peut succéder à sa place, avant le deuxième créancier.

Le jurisconsulte Paul nous dit que non, car la chose jugée entre le troisième et le premier créancier ne peut pas nuire au deuxième. En exposant cette espèce Paul dit que nous pourrions être tentés d'accorder la subrogation, car nous savons que si le troisième créancier paie le premier, il lui succède. Il fait cette allusion et il dit qu'il paraît naturel que lorsque le troisième créancier paie le premier, le troisième prenne la place du premier. « *Plane cum tertius creditor, primum de sua pecunia dimisit in locum ejus substituitur* ».

Le mot « *plane* » n'a pas le sens de succéder de plein droit. Nous sommes en présence de l'adverbe *plane*, qui signifie : « évidemment, naturellement, il est clair » Mais tout cela n'est qu'une simple allusion, car dans l'espèce présentée il ne s'agit guère de succéder à la place. Ici, il ne s'agit même pas d'un paiement..... c'est un simple fait d'être débouté. Nous croyons donc que Glück ne peut pas se fonder sur ce texte pour accorder la *successio in locum* de plein droit en cas de *jus offerendi*.

73. — Le but du *jus offerendi et succedendi* n'est pas d'offrir seulement. La partie la plus intéressante de ce droit est le *jus succedendi*, car c'est lui qui fait acquérir le plus

d'avantages. Par le *jus succedendi* on a les droits et tous les avantages du créancier désintéressé.

Le *jus offerendi* est inefficace sans le *jus succedendi*. Cela résulte de l'analyse des textes mêmes qui parlent du *jus offerendi et succedendi*.

« *Si prior res publica contraxit fundusque ei est obligatus, tibi secundo creditori offerendi pecuniam potestas est; ut succedas etiam in jus rei publicae* ». Cod. 8. 18. 3.

Ce texte nous dit qu'il est permis au second créancier d'offrir (*jus offerendi*), c'est-à-dire de payer à la *res publica* sa créance, pour « *ut* » succéder dans son droit. L'action du second créancier est divisée en deux parties : d'abord le premier geste est d'offrir à la *res publica* le prix de sa créance et ensuite de succéder. Le sens de la conjonction « *ut* » n'est pas seulement d'unir deux propositions qui contiennent deux idées distinctes, mais elle montre le but pour lequel on paie. On paie « *ut succedas* » pour succéder. Elle nous montre l'intention de celui qui paie. C'est bien clair.

La même idée au D. 20. 5. 5. où on fait cette distinction entre le droit d'offrir et de succéder, « *Secundus creditor oblata priori pecunia in locum ejus successerit* ». Le second créancier ne peut succéder à la place du premier, qu'après avoir offert l'argent dû, au premier créancier. L'idée d'offrir « *jus offerendi* » est contenue dans la proposition subordonnée qui est formée avec la construction grammaticale ablatif absolu : « *oblata pecunia* », après avoir offert. Il ne faut pas oublier que le mot « *oblata* » est le participe passé du verbe « *offere* » et que nous sommes donc juste en présence de l'expression que nous cherchons « *offerre pecuniam* ».

La deuxième idée « *jus succedendi* » est exprimée très clairement dans la proposition : « *Secundus creditor in locum ejus (prioris) successerit* », le second créancier succéderait à

la place du premier. Mais ce fait ne se produirait qu'après avoir fait l'offre.

Les deux idées sont bien liées, quoique chacune a son sens précis.

De même au D. 20. 4. 12. 9. « *et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi, ut solvat priori et loco ejus succedat* ». L'analyse de cette phrase nous amènera au même résultat que les autres. « Le second créancier n'a d'autre droit que de payer le premier (créancier) et de succéder à la place de celui-ci ». Les deux propositions subordonnées « *nisi ut solvat priori et loco ejus succedat* » de point de vue grammatical sont pareilles. Elles expriment la même idée de but, d'intention. La première exprime le but de payer, idée qui est donnée par le sens de la conjonction « *ut* ». La deuxième proposition exprime le but de succéder, car la conjonction « *et* » lie deux propositions de même genre au point de vue grammatical. Ici la conjonction « *ut* » est sous-entendue et la proposition complète serait : « *et ut loco ejus succedat* ». La forme du subjonctif présent du verbe « *succedere* » que nous avons ici « *succedat* » est d'ailleurs demandée par cet « *ut* » qui est sous-entendu. De manière que la forme intégrale de ces deux propositions serait ainsi : « *nisi ut solvat priori et ut loco ejus succedat* ». Le caractère synthétique de la langue latine nous a donné la forme que nous avons dans ce texte. Donc nous pouvons remarquer ici aussi que le *jus offerendi* se compose de deux parties : la première *jus offerendi* et la deuxième *jus succedendi*.

De tous ces textes que nous venons d'analyser nous pouvons conclure que c'est par erreur qu'on réduit le *jus offerendi et succedendi* au seul sens d'offrir. Ce sens ne peut pas toucher le but que la création de ce droit a eu en vue : de succéder dans le droit du créancier hypothécaire.

C'est pour cela qu'en commençant notre étude sur le *jus*

offerendi, nous avons fait remarquer que son vrai nom doit être *jus offerendi et succedendi*.

Nous estimons que *jus offerendi* constitue le moyen d'arriver à succéder et le *jus succedendi* constitue le but envisagé, la succession elle-même.

Le *jus offerendi* n'est pas une faculté, c'est un droit que les créanciers hypothécaires possèdent.

Il est donné « *ipso jure* ». Et pour cela il peut être exercé « *invito creditore* » ou « *invito debitore* » Cod. 18. 18. 1. et D. 20. 4. 12. §.

Mais le *jus succedendi* ne peut être possédé qu'en vertu d'un pacte (1), d'après la règle générale du Cod. 8. 18. 1.

74. — Le *jus offerendi et succedendi* peut-il être exercé à une époque quelconque?

Les textes ne mentionnent à cet égard aucune limitation ou terme. Le créancier a le droit de l'exercer quand il le voudra, à défaut d'un texte positif.

Il pourra faire les offres aussitôt que son hypothèque sera constituée alors même que la créance du premier créancier ne serait pas exigible. Le terme en effet a été inséré dans l'intérêt du débiteur. Le créancier hypothécaire ne peut pas vendre pour se faire payer avant l'échéance, mais l'exercice du *jus offerendi* ne nuit pas aux intérêts du débiteur. Il ne joue que dans la sphère des créanciers. Le débiteur n'aura plus qu'un seul créancier.

Si, par hasard, le terme a été inséré dans l'intérêt du Primus il est évident qu'il faudrait le respecter et le *jus offerendi* ne pourra pas être exercé.

Qu'arrivera-t-il dans l'hypothèse suivante?

La créance de Secundus est exigible avant celle du Primus.

(1) Loyseau : *Traité des offices*, liv. III, ch. 8, p. 62.

Secundus exerce le *jus offerendi* et la créance du Primus est éteinte, de sorte qu'il ne reste que la créance primitive du Secundus, augmentée de ce qu'il a payé à Primus.

Secundus pourra-t-il, à l'échéance de sa créance, réclamer le tout au débiteur et s'il ne paie pas, exercer l'action hypothécaire? On ne peut pas l'accorder, car alors ce serait priver le débiteur du bénéfice du terme accordé par Primus. Il faut faire une distinction entre les deux créances. Secundus ne pourra réclamer que la portion exigible et non pas les deux créances ensemble. Autrement l'exercice du *jus offerendi* par le second créancier aurait un résultat fâcheux pour le débiteur.

Section troisième

Conditions d'exercice du jus offerendi et succedendi

75. — Celui qui paie un créancier hypothécaire par l'exercice du *jus offerendi*, doit payer tout ce que le créancier hypothécaire aurait le droit de réclamer au débiteur. Il doit lui procurer un désintéressement complet; tant au point de vue du capital que des intérêts. D. 20. 4. 12. 6. « *Tam in suum debitum quam in primi creditoris et in usuras suas et quas creditori primo solvit* ». De même 20. 4. 11. 4. S'il s'agit de succéder à un tiers acquéreur, il faut lui rembourser la partie du prix qui est parvenue au créancier en premier rang. Si c'est un créancier hypothécaire qui se trouve être acquéreur, il suffira de lui offrir ce qui était dû pour sa créance originale. « *Propter praecedentis contractus auctoritatem* ». Cod. 8. 20. 1.

76. — Le créancier postérieur qui exerce le *jus offerendi* doit tenir compte des règles que le débiteur aurait dû respecter lui-même. S'il y a un terme que le premier créancier avait

accordé au débiteur, le *jus offerendi* ne saurait être exercé à son encontre. Le créancier qui veut succéder *in locum*, ne peut pas faire une *datio in solutum* sans le consentement du créancier qu'il désintéresse. Cod. 8. 43. 17. Si la première créance (1) est conditionnelle, le *jus offerendi* peut être exercé, mais la *successio in locum* est éventuelle. Si c'est la créance du créancier qui veut exercer le *jus offerendi*, qui est conditionnelle, le *jus offerendi* peut être exercé également, mais les effets restent en suspens. Cela prouve ce que nous avons démontré dans la section précédente, l'indépendance du *jus offerendi* et du *jus succedendi*. Le *jus offerendi* est un moyen d'arriver au *jus succedendi*, et peut être exercé assez librement, mais pour avoir le *jus succedendi* il faut remplir un nombre plus grand de conditions, car c'est lui qui rend le plus grand avantage à celui qui l'exerce. Celui qui l'exerce n'a pas en vue seulement de payer, ce qui serait rendre un simple service. Il veut aussi succéder dans le droit de celui qui a payé pour assurer son remboursement. Cod. 8. 18. 1.

77. — Celui qui exerce le *jus offerendi* doit être créancier hypothécaire, condition que remplit tout créancier qui est déjà créancier hypothécaire. Leur *jus offerendi* s'exerce dans un seul temps. Celui qui n'est pas créancier hypothécaire, comme nous venons de l'expliquer dans la section précédente, doit devenir d'abord créancier hypothécaire, chose qui est imposée à toute personne qui paie un créancier hypothécaire et ensuite, dans le deuxième temps, exercer le *jus offerendi*. Le *jus offerendi et succedendi* est un droit exclusif des créanciers hypothécaires.

78. — Une autre situation peut se présenter quand le créancier en premier rang est en même temps créancier chiro-

(1) Nous avons expliqué ces situations dans le chapitre précédent

graphaire. Il faut distinguer deux cas. Premièrement lorsque le créancier hypothécaire et chirographaire se trouve en face du débiteur et deuxièmement lorsqu'il est en présence d'un créancier postérieur.

Dans le premier cas, lorsque le premier créancier se trouve en possession du bien hypothéqué, il a un droit de rétention pour se faire payer aussi de la dette chirographaire. « *Jus enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint* ». Cod. 8. 27. 2.

Mais dans le deuxième cas, en face d'un créancier postérieur, il n'a plus ce droit de rétention. « *Quod in secundo creditore locum non habet : nec enim neccessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre* ». Cod. 8. 27. 3. L'exercice du *jus offerendi* par le second créancier contre le premier pourrait être désastreux dans ce cas et le premier créancier aura tout intérêt à le prévenir en l'exerçant lui-même contre le second créancier, car il en a le droit quand cela est dicté par son intérêt, Paul Sent 2. 13. 8.

Section quatrième

Contre qui peut être exercé le jus offerendi et succedendi

79. — Le *jus offerendi et succedendi* peut être exercé contre tout créancier hypothécaire, quelle que soit sa qualité, que ce créancier soit un particulier, ou bien le fisc, ou même une cité. Cod. 8. 18. 4.

80. — Il peut être exercé contre une personne qui a acquis un droit de propriété sur la chose hypothéquée. L'hypothèse est prévue par le D. 46. 15. 12. 12. Un esclave était grevé

d'hypothèque. Il est fait prisonnier. La captivité a pour effet de faire tomber les hypothèques qui frappaient l'objet saisi. S'il se sauve et qu'il revienne, les hypothèques renaîtront en vertu du *jus postliminiū*.

On suppose qu'il a été racheté par un tiers. Le tiers est devenu propriétaire, même s'il savait que l'esclave appartenait à une autre personne. Cependant ce droit est d'une nature particulière. On peut lui rembourser ce qu'il a payé et reprendre l'esclave. « *Si quis servum captum ab hostibus redemerit, protinus est redimentis, quamvis scientis alienum fuisse : sed oblato ei pretio quod dedit postliminio redisse aut receptus esse servus credetur* ». D. 29. 15. 12. 7.

Si le premier créancier veut faire revivre ses droits sur l'esclave il devra exercer le *jus offerendi* contre le *redemptor*, en lui remboursant la somme qu'il a payée. Ce paiement a pour effet de lui conserver sa qualité de créancier hypothécaire. Ce remboursement n'a pas pour effet de le rendre propriétaire. Le *jus postliminii* n'a pour effet que de faire supposer que l'esclave n'a jamais été en captivité. Les anciennes hypothèques revivent. Mais le créancier hypothécaire qui a désintéressé le *redempteur*, aura une hypothèque pour la somme qui lui était due auparavant, augmentée de ce qu'il a payé au *redemptor*. L'opération est semblable à celle que ferait un créancier second en rang qui rembourserait le premier.

Pour la somme payée au *redemptor* le créancier hypothécaire a un privilège garanti par une hypothèque sur l'esclave, car la somme de rachat de l'esclave a servi la cause de tous les créanciers hypothécaires. Celui qui exerce le *jus offerendi* doit rembourser la créance hypothécaire primitive et la somme dépensée pour le rachat de l'esclave. La même situation se présente dans l'hypothèse prévue par le D. 20. 4. 5. et D. 20. 4. 6.

Le *jus offerendi* doit comprendre toutes les dépenses faites pour la conservation du bien qui a servi la cause de tous les créanciers.

81. — Le *jus offerendi* peut être exercé contre un *fidejussor* qui a acheté le bien du premier créancier. « *Si secundus creditor vel fidejussor soluta pecunia pignora susceperint recte eis offertur, quamvis emptionis titulo ea tenuerunt* ». D. 20. 5. 5. 1. L'hypothèse se présente ainsi : le premier créancier poursuit le *fidejussor* pour le paiement de sa créance. Celui-ci peut le payer, en lui demandant la cession d'actions, ou bien le *fidejussor* peut préférer acheter le bien pour mieux protéger son droit, pour rendre son recours plus efficace. Ce *fidejussor* est regardé comme ayant succédé aux droits du premier créancier car autrement, il n'aurait pas de raison de payer le premier créancier et nous savons, d'après la théorie romaine de la cession d'actions, que cela était très faisable. Mais ce qui paraît très important pour nous, c'est que le jurisconsulte assimile le *fidejusseur* au second créancier, car il dit : « *secundus creditor vel fidejussor* ». C'est-à-dire que la situation de tous les deux est la même. Si le *fidejusseur* a droit à la cession d'actions — et cela ne fait de doute pour personne, les règles du droit romain étant bien précisées ici — le second créancier qui exerce le *jus offerendi*, a le même droit. Nous ferons l'analyse plus approfondie de ces textes, quand nous discuterons de la nature juridique de la *successio in locum*. Pour le moment cette assimilation nous semble très intéressante.

Le *jus offerendi* subsiste contre le *fidejussor*, car le *fidejussor* et le second créancier acheteur ne peuvent pas profiter de la situation et faire une bonne affaire en payant au premier créancier un prix souvent inférieur, mais ils doivent chercher à le conserver pour le débiteur et les créanciers postérieurs.

C'est pour cela que les créanciers postérieurs ont le droit de les écarter en leur remboursant tout ce qu'ils ont payé, par l'exercice du *jus offerendi*.

Paul nous donne la même solution que Papinien au D. 17. 1. 59. 1.

82. — Le *jus offerendi* peut être exercé contre celui qui a acheté au premier créancier qui était de mauvaise foi. Il se peut que des fraudes aient été commises par le premier créancier. Cod. 8. 28. 4. et par l'acheteur aussi.

83. — Le *jus offerendi* peut être exercé contre celui qui a acheté du débiteur sans le consentement du premier créancier « *non interveniente creditore* » D. 20. 5. 3. 1. « *Si tamen debitor non interveniente creditore pignus vendiderit... emptori poterit offerri* ». Ici on assimile l'acheteur à celui qui a prêté l'argent pour désintéresser le premier créancier : « *nihil enim interest. debitor pignus obliget* ». Les droits des créanciers postérieurs restent entiers.

84. — Le *jus offerendi* existe aussi contre le créancier hypothécaire qui a acheté de son débiteur. Paul nous présente cette hypothèse : « *Eorum qui a debitore suo predium obligatum comparavit eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit* ». D. 20. 4. 17.

Le texte nous dit qu'un créancier hypothécaire a acheté de son débiteur, « *suo debitore* ». Le *jus offerendi* existe contre cet acheteur. Il a désintéressé avec le prix d'achat le premier créancier. Il est donc venu premier en rang et comme on peut exercer le *jus offerendi* contre le premier créancier, on peut le faire également contre cet acheteur en lui remboursant le prix d'achat.

Mais si la vente a été faite avec le consentement du premier

créancier hypothécaire le *jus offerendi* n'existe plus.
D. 20. 5. 3. 1.

85. — Si la chose hypothéquée a été donnée en paiement ou a été vendue au premier créancier le *jus offerendi* subsiste pour les créanciers postérieurs. « *Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis, easdem res debitor venumdedisset : sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris* » Cod. 8. 20. 1.

La vente faite au premier créancier, dit le texte, est semblable à celle faite à tout autre acheteur « *quam si aliis debitor venumdedisset* », or, contre l'acheteur qui a acheté du débiteur le *jus offerendi* existe intégralement D. 20. 5. 3. 1., donc il existe par déduction et, d'après la disposition positive de notre texte, également contre la vente ou la *datio in solutum* faite au premier créancier.

Quelle serait l'explication de cette disposition?

Quand le premier créancier achète le bien hypothéqué, il l'achètera à vil prix, de façon à ne pas dépasser sa créance. Dans ces conditions les intérêts des créanciers subséquents sont compromis. La règle est que, même quand il vend, le premier créancier doit avoir en vue la sauvegarde des intérêts de tous les créanciers. Or, cela n'arrive pas quand il est lui-même acheteur. Nous savons aussi que le *jus offerendi* existe contre l'acheteur qui a acheté du premier créancier même, mais qui a commis des fraudes. Cod. 8. 28. 4.

Les créanciers postérieurs n'auront plus qu'une action personnelle pour se faire rembourser leur argent. Il est équitable de leur laisser le *jus offerendi* pour empêcher toute fraude et iniquité du premier créancier.

86. — A l'égard des créanciers privilégiés, il existe un *jus offerendi*, comme entre créanciers hypothécaires. « *Si prior res publica contraxit fundusque ei est obligatus, tibi secundo creditori offerendi pecuniam potestas est, ut succedas etiam in jus rei publicae* ». Cod. 8. 18. 4. L'Etat étant un créancier privilégié, le second créancier peut exercer contre lui le *jus offerendi* et succéder dans ses droits.

Quant aux privilèges, il faut faire une distinction entre les privilèges à raison de la personne, qui ne peuvent pas être cédés et ceux à raison de la créance qu'ils garantissent et qui peuvent être cédés. D. 1. 17. 196.

Contre les *privilegia causae*, à raison de la créance le *jus offerendi* existe comme nous avons vu au Code 8. 18. 4. et aussi D. 42. 5. 24. 3.

Section cinquième

Les effets du jus offerendi et succedendi

87. — Par le paiement que le créancier hypothécaire a effectué par l'exercice du *jus offerendi*, le débiteur se trouve libéré vis-à-vis du créancier payé, mais il reste tenu vis-à-vis du créancier payant car l'obligation n'est pas éteinte. C'est seulement la personne du créancier qui est changée, but que poursuit l'institution de la *successio in locum*, en général. Celui qui paie n'a entendu faire que sa propre affaire : « *non enim negotium alterius gessit, sed magis suum* ». D. 20. 4. 12. 6. Il n'est créancier que de ce dont le débiteur profite, la somme payée et les intérêts dûs et non pas les intérêts des intérêts. D. 20. 4. 12. 6. Cod. 8. 14. 22.

88. — Le *jus offerendi* procure le rang de la créance du créancier désintéressé et cela uniquement quant à la somme

qu'il a employée à le satisfaire. Cela présente de l'importance lorsqu'il s'agit d'un créancier postérieur qui désintéresse un créancier préférable et qui ne le précède pas immédiatement. Il prend la place du créancier désintéressé seulement pour la somme qu'il a employée pour le payer et non quant à sa propre créance, de sorte que tout cela n'a aucune influence sur les droits des créanciers intermédiaires.

89. — Lorsqu'un créancier postérieur paie un autre créancier préférable et surtout le premier, il le fait pour acquérir des droits qu'il n'avait pas de son propre chef, car s'il les avait il n'aurait pas à exercer le *jus offerendi*, cela ne l'intéresserait pas. Voilà justement le but du *jus offerendi et succedendi* et de la *successio in locum* en général. Remplacer ce premier créancier, prendre les droits et avantages que sa place procure, voilà le but de notre institution.

Les autres créanciers postérieurs possèdent bien les droits hypothécaires, mais ils ne les ont pas dans la même mesure que le premier créancier. C'est pour acquérir ces avantages qu'ils exercent le *jus offerendi*. Celui qui exerce le *jus offerendi* acquiert le droit de vendre, dans sa plénitude. Ce droit de vendre, le second créancier l'avait déjà, mais il ne pouvait pas l'exercer et purger un bien hypothéqué des hypothèques qui le grevaient. D. 20. 5. 3. 1. Lorsque le second créancier exerce le *jus offerendi* contre le premier créancier, il acquiert le droit de vendre comme celui-là l'avait. Il vendra le bien et les hypothèques postérieures s'éteindront : « *Cum secundus creditor oblata priori pecunia in locum ejus successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit* ». D. 20. 5. 5. pr. Il s'agit ici du droit de vendre que possédait le premier créancier, que le second avait aussi, mais pas dans la même mesure.

Le tiers acquéreur ne pourra pas être troublé dans sa possession par les créanciers postérieurs. Le second créancier sera assimilé complètement au premier créancier qui vend, en ce sens qu'il ne sera pas garant de l'éviction. Il doit simplement prouver qu'il est le créancier préférable en rang à tous les autres. D. 20. 4. 12, pr. Lorsque le droit de vendre était conféré par un pacte spécial au premier créancier, celui qui exerce le *jus offerendi* va l'acquérir, quoiqu'il ne l'eût pas de son propre chef. D. 20. 3. 3.

Glück (1) nous parle des effets généraux du *jus offerendi* et il appelle cette faculté l'entrée dans un droit : « Eintretungsrecht », ou un droit dont on a convenu par le paiement d'un créancier hypothécaire, en vertu duquel il prend pour lui la première créance, et par cela même les hypothèques y attachées. Il maintient ainsi la place et les droits des créanciers payés. « Dieses *jus offerendi* welches man das Eintretungsrecht, vielleicht aber noch passender das Recht des Abfindung oder des Auskaufs eines hypotekarischen Gläubigers nennen Kaum, ist ein besonderes Recht welches die Gesetze vorzüglich dem nachgehenden Pfandgläubiger geben vermöge dessen er einem ihm vorgehenden hypotekarischen Gläubiger durch Bezahlung seiner Pfanderderung, und der damit verbundenen Nebenforderungen derselben, vofür die Hypothek mit haftet selbst wieder seinen Willen abfinden, und hierdurch, in Ansehung der bezahlten Pfandschuld, des abgefundenen Gläubigers Stelle und Recht... erhalten kann ».

En un mot on peut affirmer que celui qui exerce le *jus offerendi* acquiert tous les droits du créancier payé.

(1) Christ. Fried. Glück : *Pandecten Commentar*, livr. 19, p. 35, N° 1097.

90. — Lorsque le *jus offerendi* sera exercé par un tiers acquéreur qui a acheté du deuxième ou troisième créancier, contre le premier créancier, l'effet du *jus offerendi* sera de confirmer son droit de propriété et de le rendre inattaquable par les autres créanciers postérieurs. 1

91. — Si la première créance qui a été payée est productive d'intérêts, le créancier subséquent qui exerce le *jus offerendi* aura le même droit. Cod. 8. 14. 22.

Mais, si la première créance n'était pas productive d'intérêts, après l'exercice du *jus offerendi* le deuxième créancier qui a droit à des intérêts, ne pourra pas en réclamer pour cette somme qu'il a déboursée.

92. — Si le deuxième créancier avait seulement une créance naturelle contre le débiteur, parce qu'elle était contractée par un pacte, ou que c'était un pupille qui avait contracté sans l'*auctoritas* de son tuteur, la nouvelle créance qu'il va acquérir par le *jus offerendi* exercé contre le premier créancier sera-t-elle naturelle aussi?

Ici on peut très bien appliquer l'idée de Paul « *Saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest* ». D. 20. 3. Il obtiendra du chef du premier créancier pour la première créance les actions de celui-ci, car il n'y aurait pas de raisons que ce second créancier naturel paye le premier créancier, s'il savait qu'il n'aurait pas une meilleure situation.

La créance du premier créancier désintéressé n'est pas confondue avec la créance naturelle du second. Les droits que le premier créancier avait, profiteront au second.

Si le second créancier a bien éteint une dette, a libéré le débiteur d'une créance, une autre dette est née dans la personne du second créancier qui a payé le premier et il est naturel que le sort de cette nouvelle dette ne soit pas en

fonction de la dette naturelle de ce second créancier. Cela serait un non sens juridique, que les Romains n'auraient pas admis.

Voilà des droits et des situations que le *jus offerendi* faisait tomber dans la personne de celui qui l'exerçait.

Section sixième

L'extinction du jus offerendi et succedendi

93. — Nous savons que la vente faite par le premier créancier éteint la possibilité d'exercer le *jus offerendi* D. 20. 5. 5. Cod. 20. 1. et 3.

A défaut d'acceptation du prix, il sera consigné et si le premier créancier vend quand même ailleurs, cette vente n'est pas valable, le *jus offerendi* subsiste Cod. 8. 28. 8. « *pignoris distractio non valet* ».

94. — Le *jus offerendi* est aussi éteint lorsque la vente a été faite par le débiteur avec le consentement du premier créancier. D. 20. 5. 3. 1. « *Si debitor non interveniente creditore... emptori offerri poterit* », c'est-à-dire qu'avec son intervention, le *jus offerendi* n'existe plus.

95. — Nous savons que l'hypothèque peut être éteinte par renonciation, confusion, etc. Si le premier créancier a renoncé à son hypothèque, le *jus offerendi* va disparaître à son encontre, car il n'y a plus de droit en sa personne. Mais le *jus offerendi* subsiste en lui-même et il joue à l'égard des autres créanciers.

96. — Une constitution de Justin, Cod. 7. 39. 3, parle de la prescription du *jus offerendi*. Elle dit que le *jus offerendi et succedendi* ne peut pas être éteint par une prescription de trente ans si le débiteur vit, mais par celle de quarante ans. Si le débiteur est mort, on peut opposer la prescription de trente ans, car le *jus offerendi* est alors éteint.

QUATRIEME CHAPITRE

LA SUCCESSIO IN LOCUM EN CAS DE NOVATION

97. La position du problème. — 98. Des auteurs qui admettent qu'il y a une *successio in locum debitoris*. — 99. L'analyse du texte D. 20. 4. 3. — 100. C'est un seul créancier hypothécaire. — 101. L'analyse du texte D. 20. 4. 12. 5. — 102. C'est le cas de plusieurs créanciers hypothécaires. — 103. Aucun changement de débiteur dans la *successio in locum creditoris*. — 104. L'explication de l'expression : *successio in ipsius locum*. — 105. Il n'y a pas de *successio in locum* en cas de novation.

97. — Il paraît qu'il y a encore un cas de *successio in locum*, cas qui est mentionné par presque tous les auteurs de droit romain (1) sauf Accarias. Il se produirait au profit d'un créancier qui fait une novation de sa créance.

Dans ce cas les sûretés garantissant la créance primitive se trouveraient éteintes; mais (2) il est loisible aux parties d'en stipuler des nouvelles. « *Novata autem debiti obligatio pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur* ». D. 13. 7. 11. 1.

98. — Jusqu'ici rien de surprenant. Nous sommes en présence d'une novation normale que les parties peuvent très bien stipuler, mais nous n'y voyons pas un cas d'application

(1) Girard : *op. cit.*, p. 833. Collinet et Giffard : *op. cit.*, T. II, p. 259.

(2) Hardy : *op. cit.*, p. 27.

de notre institution : *successio in locum creditorum*. Si nous cherchons maintenant dans les auteurs modernes, comme nous venons de le dire, nous allons trouver l'affirmation qu'il y a une *successio in locum debitoris*. Ils invoquent à l'appui de leur affirmation deux textes D. 20. 4. 3. et D. 20. 4. 12. 5. Nous ne le pensons pas. Bien au contraire. D'abord nous croyons qu'en aucun cas de *successio in locum creditoris* il n'y a changement de débiteur et que dans tous les cas, il y a seulement et uniquement un changement de créancier.

C'est la raison d'être de notre institution *successio in locum creditoris*, comme le nom l'indique. Pourquoi changer le débiteur. Cela ne pourra pas faire fonctionner l'institution et on n'apportera aucun changement à la situation du premier créancier, ni des autres créanciers postérieurs. Le législateur s'est préoccupé ici des rapports des créanciers entre eux et non pas du débiteur.

99. — Ensuite si nous faisons l'analyse des deux textes invoqués D. 20. 4. 3. et 12. 5., nous allons voir qu'ils ne parlent point de changement du débiteur. Ces deux textes sont d'inspiration semblable. Ils nous présentent le cas d'un créancier qui après avoir fait une novation convient avec son débiteur d'ajouter d'autres biens comme sûreté. Il gardera le premier rang pour sa créance totale. « *Creditor acceptis pignoribus que secunda conventionione secundus creditor accepit novatione postea facta pignora prioribus adidit, superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit tanquam in suum locum succedenti*. D. 20. 4. 3. » Un créancier qui fait une novation ajoute aux premières garanties qu'il avait acceptées d'autres garanties qu'avait stipulées un second créancier par une convention. Le premier rang reste toujours au premier créancier quoiqu'il succède à sa propre place.

On suppose ici que par la novation intervenue, ils ont con-

venu que les anciennes garanties ne s'éteindraient pas par l'effet de la novation. C'est une nouvelle obligation que la novation produit qui a comme garanties toutes les anciennes et encore d'autres qui avaient été attachées à une autre obligation d'un second créancier, qui aurait été payé par le débiteur. Le premier créancier veut profiter de cette occasion pour renforcer sa situation et demande au débiteur de lui donner les biens qu'il a libérés en garantie de son obligation à côté des autres biens qu'il avait déjà.

100. — Nous pourrions nous étonner que les autres créanciers postérieurs acceptent ceci et qu'ils n'empêchent pas le débiteur de faire un tel changement, car la première créance du premier créancier doit rester toujours avec les mêmes garanties. Si la situation du débiteur devient plus favorable, cela doit profiter à tous et pas seulement au premier créancier. Le débiteur pourrait toujours agir contre les intérêts des créanciers postérieurs en favorisant le premier dès qu'il a un bien disponible de le donner au premier créancier, en faisant une novation. La fonction de la novation serait très intéressante pour le premier créancier dans ce cas.

Cela ne peut être autorisé ni du point de vue de l'équité, comme nous l'avons dit, ni d'après les règles juridiques de l'hypothèque. Le premier créancier est premier en rang pour la créance qu'il a donnée premièrement. S'il contracte d'autres créances avec le débiteur en se faisant constituer des hypothèques, ces créances auront le rang du temps où elles ont été contractées. Il ne peut pas changer par une novation l'ordre des autres créanciers, ni leur porter préjudice.

Dans la première espèce du Digeste 20. 4. 3. que nous avons présentée, on suppose qu'il n'y avait que deux créanciers. Le second étant payé, le premier peut très bien convenir avec son débiteur d'obtenir les garanties du second. Il gardera

pour toutes le premier rang, car il n'y a pas d'autres créanciers. Ceux qui viendront après seront toujours plus nouveaux que lui qui reste comme premier vis-à-vis d'eux. La novation s'était produite avant que leurs obligations n'aient été contractées.

101. — Ce cas où il existe d'autres créanciers postérieurs au moment de la novation, nous est présenté par le deuxième texte : « *Papinianus libro undecimo respondit, si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere : sed si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantum expensam ferat, non etiam quam postea credidit, et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat* ». D. 20. 4. 12. 5. « Papinien a répondu dans le livre onze, que si le premier créancier, après avoir fait une novation accepte les mêmes garanties avec d'autres (pour d'autre argent qu'il aurait prêté) il succède à sa place; mais si le second créancier n'offre pas d'argent (c'est-à-dire s'il n'exerce pas le *jus offerendi*) le premier créancier peut vendre, et il sera payé seulement pour la première créance et non pour celle qu'il a accordée ensuite au débiteur, car ce qui est en plus après le paiement de la première créance sera restitué au second créancier ».

102. — L'hypothèse est très claire et le premier créancier n'aurait pas pu porter préjudice au second créancier par la novation faite après, pour l'argent qu'il a de nouveau prêté au débiteur, car sa nouvelle créance est postérieure en rang à celle du second créancier. Le premier créancier a bien deux créances, mais elles sont de rangs différents. Il a une créance en premier rang qui prime le second créancier et pour laquelle il peut se faire payer par la vente du bien hypothéqué, mais il

a une deuxième qui est primée par le second créancier qui doit se faire payer sur ce qui reste après que le premier créancier a été payé de sa première créance et s'il en reste encore, le premier créancier pourra se faire rembourser sa deuxième créance.

103. — De toute l'analyse que nous avons faite il résulte qu'il ne s'agit pas d'une *successio in locum* par changement de débiteur dans ces textes et ils ont été à tort indiqués par les auteurs dans le sens mentionné. Non seulement il n'y a pas changement de débiteur dans les textes, mais il n'y a pas changement de débiteur dans l'institution de la *successio in locum creditoris*. Cela serait un non sens qui irait contre le but même de l'institution qui s'occupe du changement du créancier et non pas du changement du débiteur. On peut très bien changer le débiteur par une novation, mais cela n'est plus une *successio in locum creditoris*. C'est aussi à tort qu'on proclame toujours qu'il y a quatre cas de *successio in locum creditoris* parmi lesquels on introduit le cas de novation.

Il n'y a pas de novation dans la *successio in locum creditoris*. Les textes n'en parlent pas. Les deux textes indiqués comme nous l'avons démontré parlent tout à fait d'autre chose.

104. — Les textes parlent d'une « *successio in ipsius locum* » qui est une manière de s'exprimer pour montrer une situation qui se produit par un effet normal de la novation. Le mot « *successio* » suppose toujours deux personnes. Comment parler de *successio* quand il n'y a qu'une seule personne? Il n'y a donc pas *successio*, mais simplement une novation. Par suite d'une novation, le créancier hypothécaire perdait son

rang, car l'effet normal de la novation est d'éteindre une obligation et d'en créer une autre. ,

Les parties pouvaient stipuler d'autres arrangements.

Elles pouvaient stipuler que les anciennes garanties ou d'autres encore seraient gardées.

Les cas que nous avons indiqués sont dans ce sens. Le premier créancier stipule avec le débiteur de garder les anciennes garanties en même temps qu'il en stipule de nouvelles. Mais il y avait une situation un peu spéciale pour le premier créancier hypothécaire. Nous sommes au chapitre de la *successio in locum* et les jurisconsultes devaient s'exprimer dans le même sens. Ils ont dit : « *successio in ipsius locum* ». Cela ne veut rien dire au point de vue juridique, car la *successio in ipsius locum* se produit par l'effet normal de la novation. Il y a une nouvelle obligation après la novation et le premier créancier succède dans la nouvelle créance, à son ancien rang.

Nous avons vu que pour la nouvelle somme d'argent prêtée par lui, il y a une nouvelle créance, avec un nouveau rang, comme nous dit le texte D. 20. 4. 12. 5. Pour son ancienne créance il garde son ancien rang et pour cela on s'exprime ainsi : « *in ipsius locum* ».

105. — La novation ne constitue pas un nouveau cas de *successio in locum*. C'est pour cela qu'en commençant notre étude sur les cas de *successio in locum*, nous avons dit que nous allions ramener ces cas à trois.

Après l'explication que nous avons donnée nous croyons la démonstration faite et qu'il n'y a dans aucun texte l'affirmation d'une *successio in locum creditoris*, par la novation.

Troisième Partie

*La Nature juridique
de la Successio in locum*

CHAPITRE PREMIER

EXPOSITION DOGMATIQUE — ETUDE CRITIQUE ET EXÉGÉTIQUE

106. La position du problème. — 107. Insuffisance de travaux sur l'hypothèque à l'époque moderne. — 108. De même sur la *successio in locum*. — 109. Apparition et caractères des théories sur la nature juridique de la *successio in locum*. — 110. Intérêt que présente la nature juridique de la *successio in locum*. — 111. La nature juridique aux yeux des anciens auteurs. — 112. La première théorie de Haubold. — 113. La deuxième théorie de Becman. — Caractères. — 114. La variante de la deuxième théorie soutenue par Puchta, Mühlhenbruck, etc... — 115. L'idée d'Accarias sur la nature juridique. — 116. La troisième théorie. — Caractères et partisans. — 117. L'emploi de l'expression *succedere in jus et in locum*. — 118. Argument de la troisième théorie du texte D. 20. 4. 12. 4. — 119. Réfutation. — 120. Argument du texte D. 42. 5. 24. 3. Réfutation et explication. — 121. L'explication donnée sur l'argument tiré de la nécessité de faire une convention en cas de *successio in locum*. — Sens de cette convention. — 122. Argument pour notre thèse des textes du Code 8. 18. 5. et 8. 14. 22. — 123. Réfutation de l'argument de la troisième théorie, tiré du texte du D. 12. 7. 2. — 124. Argument pour notre théorie du texte du D. 27. 9. 7. 5. et 6. — 125. De même du texte D. 20. 3. 3. — 126. La *Successio in locum* s'opère sans le consentement du débiteur. — Comment parler d'une constitution d'une nouvelle hypothèque. — Interprétation. — 127. Le rôle de l'équité dans la construction d'un principe juridique. — 128. Analyse logique sur le sens de l'acquisition du rang hypothécaire. — 129. Analyse du texte du D. 20. 5. 13. — 130. Garantie en cas d'éviction. — 131. L'acquisition du privilège par le paiement d'un créancier privilégié Cod. 8. 18. 3. D. 42. 5. 24. 3. — 132. L'acquisition de l'action paulienne. D. 32. 8. 10. 1. — 133. L'acquisition de l'action hypothécaire de l'ancien créancier payé. D. 20. 4. 11. 4. — 134. L'acquisition des actions personnelles. D. 42. 3. 2. — 135. L'argument pour notre thèse du texte du D. 50. 15. 5. pr. — 136. L'assimilation entre celui qui exerce la *successio in locum* et le *redejusseur*. D. 20. 5. 5. 1. — 137. L'argument de texte du D. 50. 17. 177. — 138. Argument de texte du D. 20. 6. 5. 2. — 139. Conclusion de la troisième partie.

106. — L'étude que nous avons faite dans les chapitres précédents a eu pour but de montrer uniquement le mécanisme de la *successio in locum*, de voir comment se passent les choses en fait.

Il faut déterminer maintenant la nature juridique de ce procédé, le moyen juridique de le réaliser.

Nous poursuivrons dans cette partie une étude critique, doctrinale, plutôt qu'une étude historique, à laquelle nous nous attacherons plus tard, dans une autre partie, pour suivre l'évolution de notre institution, et voir comment elle a été considérée dans les siècles suivants à l'époque de Justinien. L'étude critique des textes nous permettra de voir quel était le caractère juridique de la *successio in locum* à l'époque classique et à celle de Justinien, tandis que l'étude historique nous permettra d'éclairer beaucoup de points de cette étude qui paraissent obscurs, aux yeux de nos auteurs modernes qui ont négligé cette étude, appliquant dans l'exposition du problème la méthode purement dogmatique, exégétique.

107. — Avant d'entrer dans notre exposé, il est nécessaire de faire cette constatation, que, sur l'hypothèque — une matière si intéressante et si riche en problèmes de droit, qui forme en même temps le noyau des garanties et des sécurités des obligations —, nous n'avons pas beaucoup de travaux. Les anciens se sont occupés plus que les auteurs modernes des sûretés réelles et surtout de l'hypothèque, ainsi nous trouvons dans tous les traités de droit, une grande partie consacrée à ce sujet, comme nous verrons plus loin dans l'exposé historique de notre étude. C'est dans les anciens auteurs que nous trouvons le plus et le mieux traitée la matière de l'hypothèque. Ne pas étudier cette partie serait laisser de côté les sources véritables et les phases de l'évolu-

tion de notre matière les seules qui peuvent nous renseigner sur la manière de considérer l'hypothèque à l'époque romaine.

Ces anciens auteurs ont étudié avec une minutie et une rare perspicacité, tous les textes de droit romain, dont les siècles passés sont pleins. D'après l'expression vraie d'un de nos maîtres, ils ont étudié au microscope les textes de droit romain, bien avant que le microscope fût découvert.

Au contraire, l'époque moderne n'a rien apporté de nouveau à l'étude de l'hypothèque qui a été moins étudiée. On n'exagère pas si l'on affirme qu'il n'y a pas un travail complet sur l'hypothèque romaine. Nous possédons aujourd'hui seulement deux travaux satisfaisants. Le premier en allemand par Dernburg en 1864, « Das Pfandrecht » et l'autre en français par Jourdan : « Traité de l'hypothèque » qui nous donne le meilleur exposé historique et dogmatique.

Nous avons encore des commentaires sur le Digeste comme celui de Dernburg, Windscheid, Vangerow, etc., où nous trouvons des explications sur l'hypothèque. Il y a encore des thèses de droit romain où sont traités des sujets concernant l'hypothèque.

108. — Quant à notre matière spéciale « *successio in locum creditoris* », il n'y a pas un travail complet où l'on puisse trouver un exposé approfondi avec une discussion de textes. La nature juridique surtout, n'a presque pas été traitée d'une manière complète et approfondie. A partir d'une époque récente — vers 1850 — la discussion a été ouverte sur ce sujet et on a commencé à faire des théories là-dessus. De ce fait la nature juridique de la *successio in locum*, passée sous silence jusqu'à cette époque, a été entamée et il n'a pas été émis moins de deux théories avec différentes nuances.

109. — Depuis lors, tous les traités sur la matière, tous les

auteurs et tous les manuels, répètent sans cesse ce que ces théories disent et surtout l'une d'entre elles, que nous allons analyser plus loin. Ce qui est très frappant dans cette matière, c'est que ni les auteurs eux-mêmes des théories émises, ni ceux qui se les sont appropriées, n'ont fait une étude approfondie de la matière. Ils ont pris surtout l'expression *successio in locum*, avec quelques textes qui emploient cette expression — qui n'a d'ailleurs rien à voir avec la nature juridique — et ils ont émis l'idée qu'il n'y a qu'une succession au rang hypothécaire. Cette idée a été reprise par tous les auteurs, sans vérifier si elle était vraie ou non. C'est pour cela qu'il est difficile de trouver même les arguments sur lesquels cette théorie est fondée, faute d'avoir été exposée d'une manière plus complète par ses défenseurs. On trouve partout des affirmations des adeptes convaincus, mais on ne trouve pas les arguments sur lesquels ils s'appuient. Le meilleur travail où nous pouvons trouver les prétendus arguments de cette théorie, c'est celui de Beauregard : « Les origines de la subrogation moderne », Thèse Paris 1876. Ce travail nous servira beaucoup pour nous guider à trouver les arguments de la théorie qu'il défend et qui est en même temps la théorie actuelle. De même dans le livre de Jourdan. Les anciens auteurs n'ont pas cru nécessaire de faire une institution spéciale de la *successio in locum* et ils l'assimilent au bénéfice de cession d'actions sous le même titre, « De la subrogation ». Ainsi Renusson, Pothier, Mühlenthal, etc....

Le dix-neuvième siècle offre la caractéristique d'avoir stimulé les études de droit romain en Allemagne et par cela même d'avoir, sur les institutions romaines, formulé beaucoup de théories plus ou moins exactes.

On peut affirmer que toutes les théories sur la nature juridique de la *successio in locum* ont été formées par les

Allemands et qu'ensuite, elles se sont répandues partout, trouvant toujours des adhérents fidèles.

110. — Il semble que l'intérêt de ce problème ne devrait plus exister aujourd'hui, après l'unification du Code en matière de subrogation. Mais il présente un intérêt historique et un intérêt dogmatique, celui de savoir si la subrogation moderne a sa source dans deux institutions différentes, quant à leur nature juridique, ou bien dans deux institutions distinctes comme application, mais dont la nature juridique est la même, avec des applications diverses, ce qui ferait disparaître l'opinion d'après laquelle la *successio in locum* était une institution propre au droit romain avec une nature juridique différente de la subrogation d'aujourd'hui, qui a comme fondement juridique le bénéfice de cession d'actions.

La *successio in locum* (1) présente cette analogie avec la subrogation de consister dans l'acquisition au profit d'un nouveau créancier de tout ou de partie des droits d'un premier créancier qui cesse de les avoir.

Cette *successio in locum* par les caractères qu'elle présente, se rapproche aussi du bénéfice de cession d'actions. Mais comme la subrogation a comme nature juridique le bénéfice de cession d'actions et comme la *successio in locum* par ce côté se rapproche de la subrogation, par un rapport d'idées, on peut affirmer que la *successio in locum* a la même nature juridique.

A notre avis, il n'y a pas de différence entre le bénéfice de cession d'actions et la *successio in locum* quant à leur nature juridique; seule leur application est différente. Le bénéfice de cession d'actions s'applique d'une manière plus générale, tandis que la *successio in locum* a une application

(1) Beauregard : *Origines de la Subrogation moderne*, p. 76.

spéciale en matière d'hypothèque, ce qui a formé la source la plus riche de la subrogation moderne.

111. — Pour les anciens auteurs, la nature juridique de la *successio in locum* ne s'est jamais discutée, car ils lui assignaient la même nature juridique qu'au bénéfice de cession d'actions.

Cela leur paraissait si naturel que, quoiqu'ils aient fait de vastes études sur l'hypothèque et sur la *successio in locum*, ils ne se sont jamais arrêtés à discuter sur la nature juridique en dehors de l'idée qu'ils avaient à ce sujet, que la nature juridique de la *successio in locum* est la même que celle du bénéfice de cession d'actions duquel ils parlent longuement comme nous le verrons dans notre partie historique.

En face de cette similitude, l'unité a même été faite par la déclaration de 1609 d'Henri IV.

Plus tard, à une époque plus récente, quand tout le monde était d'accord avec les anciens auteurs, lorsque le courant du pandectisme allemand a pris son développement, il est apparu diverses théories sur la nature juridique de la *successio in locum*.

C'est pour cela que nous sommes aujourd'hui en présence de trois théories. Nous avons dit que ces théories sont apparues à l'époque du pandectisme allemand, qui est une création exclusivement allemande. D'ici sont parties les trois théories, auxquelles se sont attachés ensuite, l'un suivant l'autre, tous les romanistes modernes.

112. — La première théorie qui paraît avoir perdu tout crédit aujourd'hui, est celle de Haubold (1), d'après laquelle par la *successio in locum* s'opère un transfert au second créan-

(1) Haubold : *De jure offerendi*, p. 601.

cier de tous les droits que possédait l'ancien créancier désintéressé. Les textes qui viennent à l'appui de cette théorie, nous les présenterons plus loin. Il faut remarquer cependant que cette théorie n'est qu'une présentation, sous la forme d'une étude spéciale, des idées des anciens auteurs, car ils regardaient le problème de la même manière. La différence consiste seulement en ce que les anciens auteurs n'ont pas fait un chapitre spécial concernant la nature juridique de la *successio in locum*, tout en l'affirmant dans l'exposé qu'ils faisaient sur la *successio in locum* en général, tandis que Haubold, intéressé, peut-être, par des discussions soulevées sur cette matière, a cru nécessaire de le fixer dans une étude spéciale.

Nous prendrons parti dès maintenant contre l'idée de Beauregard (1) qui dit que cette théorie est inconcevable quand il s'agit de l'appliquer au cas de *successio in locum* par novation. Comme (2) nous l'avons déjà démontré, nous ne sommes pas alors (D. 20. 4. 12. 5. et 3.) en présence d'un cas de *successio in locum*, mais simplement en face des effets normaux de la novation. Toutes les fois qu'on change autre chose que la personne du créancier en matière de novation, le créancier succède à lui-même dans la nouvelle créance.

113. — La deuxième théorie est celle de Becman (3). L'effet de la *successio in locum* d'après lui, serait de transférer au nouveau créancier les droits hypothécaires de l'ancien créancier. Ce qui est intéressant cependant, c'est que ce transfert s'opère d'une façon spéciale, car il croit à l'indépendance des droits hypothécaires comme nous l'avons montré dans un chapitre précédent. Il y a toute une théorie allemande cons-

(1) Beauregard : *op. cit.*, p. 92.

(2) Voir le chapitre : « *La successio in locum* en cas de novation ».

(3) Becman B. : *De successione creditoris in alterius et suum ipsius locum*, par. 14.

truite sur l'indépendance de l'hypothèque. Elle dit qu'après le paiement de l'obligation qu'elle garantissait, l'hypothèque tombait dans la puissance du débiteur qui pouvait alors la réunir à la propriété ou la céder à un tiers. Nous sommes du même avis que Becman quand il dit qu'il y a une cession de droits hypothécaires à celui qui paie un créancier hypothécaire. Ce n'est pas ce résultat que nous condamnons, mais le procédé employé pour arriver au résultat — cette indépendance du droit hypothécaire —, car le droit hypothécaire étant un accessoire s'éteint par le paiement de la créance principale. Cela va contre les principes de droit bien définis, comme nous l'avons démontré plus longuement dans le chapitre concernant les droits de l'acquéreur sur le bien hypothéqué.

Donc, le caractère propre des idées de Becman est qu'il croit que l'hypothèque est un droit indépendant et que seule l'action hypothécaire passe aux successeurs.

114. — Cette théorie a une variante qui dit que le droit hypothécaire n'est pas un droit distinct qui peut survivre à l'acquiescement de la créance, mais que par l'acquiescement la créance est éteinte, l'action personnelle aussi, mais que les droits hypothécaires qui garantissaient cette action sont transmis par *successio in locum* au créancier payant (1). Ces idées très logiques sont soutenues par Mülhenbrüch (2), Puchta (3), Arndst (4), Accarias, etc.

115. — Ici nous sommes obligé d'insister un peu. On attribue à Accarias cette variante de la deuxième théorie. Nous croyons que c'est à tort. Si nous cherchons dans son précis de

(1) Accarias : *op. cit.*, T. I, N° 288.

(2) Mülhenbrüch : *Cession*, par. 45.

(3) Puchta : *Pandekten*, T. II, p. 213.

(4) Arndts : *Pandekten*, T. II, p. 374.

droit romain, où on dit qu'il avait soutenu cette idée, nous sommes vraiment obligé de reconnaître qu'elle n'existe pas. Pour éclairer ce point, nous nous reporterons au numéro 288 du tome I et nous le reproduirons entièrement :

« Un créancier hypothécaire usant d'un droit appelé *jus offerendi* désintéresse l'un ou plusieurs créanciers qui lui sont préférables. D'ordinaire, c'est au premier créancier qu'il offre ce remboursement, soit afin d'empêcher une vente précipitée, ou qui se ferait dans des conditions désavantageuses, soit peut-être parce que ce premier créancier néglige une bonne occasion de vendre. C'est là un service rendu non seulement au créancier payé, mais encore aux autres créanciers dont les chances de paiement vont se trouver augmentées et au débiteur qui peut espérer ou de ne pas perdre sa chose ou de la voir atteindre un prix élevé : aussi le recouvrement des sommes ainsi avancées est-il garanti par l'hypothèque jadis attachée à la créance éteinte. D. 20. 5. 5. pr. et 1. Cod. 8. 18. et 5. »

Voilà tout ce qu'Accarias nous dit. Il ne fait aucune démonstration détaillée d'où l'on puisse conclure qu'il est d'avis qu'il n'y a qu'une cession de droits hypothécaires. Il dit que le recouvrement des sommes payées est garanti par l'hypothèque éteinte, mais cela ne nous donne pas une idée vraie sur ce qu'Accarias pensait sur la nature juridique de la *successio in locum*. On ne peut pas se fonder sur une idée qu'un auteur a pu exprimer à un moment donné pour lui attribuer toute une théorie qu'il ne s'est jamais attaché à défendre.

Les arguments en faveur de cette théorie nous les reproduirons lorsque nous ferons la réfutation de la troisième théorie que nous allons exposer ci-après.

116. — La troisième théorie qui est la théorie actuelle sous

le régime de laquelle notre étude de droit romain en la matière vit aujourd'hui, en faisant mettre hors de discussion les deux autres théories précédentes, c'est la théorie soulevée toujours par un Allemand, Mycielski (1), vers le milieu du xix^e siècle. Cette théorie a été reprise par Dernburg (2), consacrée par Labbé (3), Jourdan (4) et Beauregard (5) en France et presque par tous les auteurs modernes.

D'après cette théorie, qui en restreint davantage les conséquences, la *successio in locum* a seulement pour effet la cession du rang hypothécaire laissé libre par le paiement. Il n'y a ni une cession de tous les droits du créancier payé, ni une simple cession de droits hypothécaires. Il y a simplement une cession du rang hypothécaire sans autres moyens de protection pour la personne qui succède dans ce rang, qui est un rang vide.

Nous croyons que cette théorie présente le grand désavantage de ne pas donner de moyens de défense à ce rang hypothécaire acquis par la *successio in locum*. C'est pour cela que nous ne pouvons pas la partager. Nous croyons au contraire que la *successio in locum* signifie une succession non seulement au rang, mais à tous les droits du créancier hypothécaire désintéressé.

Windscheid (6) dit sur la nature juridique de la *successio in locum* : « Je crois que les textes ne se laissent pas expliquer autrement que par une supposition qu'ici par une disposition légale on a donné à une créance la même force que celle possédée par une précédente qui a été éteinte et cela nous rap-

(1) Mycielski : *De jure offerendi origine*, Berlin, 1848

(2) Dernburg : *Das Pfandrecht*, T. II, p. 490.

(3) Labbé : *Ortolan*, T. II, ap. XII.

(4) Jourdan : *op. cit.*, p. 471.

(5) Beauregard : *op. cit.*, p. 80.

(6) Windscheid : *Lehrbuch des Pandectenrechts*, T. I. Edition italienne, p. 369 en note 16.

proche beaucoup de l'opinion de Dernburg ». Par conséquent la nature juridique de la *successio in locum*, d'après Windscheid, est une cession légale des droits du créancier payé. D'ailleurs il fait seulement une supposition et il n'explique pas quel est le fondement juridique de cette disposition légale, ni son mécanisme.

M. Bonfante (1) ne parle pas de la nature juridique de la *successio in locum*. Il dit seulement que par l'exercice du *jus offerendi et succedendi*, le créancier postérieur remplace le créancier supérieur payé.

Nous présenterons, dans l'étude suivante nos arguments au fur et à mesure que nous exposerons les arguments sur lesquels s'appuient cette troisième théorie.

117. — Un des premiers arguments sur lesquels s'appuie la troisième théorie, c'est que dans les textes de droit romain on trouve l'expression de *successio in locum*, d'où vient le nom de l'institution tout entière. Cela signifierait succéder seulement à la place du créancier payé.

Nous savons que le mot *successio*, pris dans le sens qu'il a dans le Digeste au titre de successions héréditaires, signifie prendre non seulement la place, mais aussi tous les droits et les obligations de son prédécesseur. Mais on peut nous répondre que c'est là le sens du mot *successio* seulement en matière héréditaire et que du moment que nous sortons de cette matière le mot change de sens.

Nous serions peut-être tenté d'accepter cette explication, si nous n'avions pas trouvé d'autres expressions positives dans les textes de droit romain, dans un sens plus extensif.

En effet, nous trouvons l'expression : *succedere in jus*.

Si (2) nous comptons dans le livre XX du Digeste, combien

(1) Bonfante : *Istituzioni di diritto romano*, 8^e édit., 1925, p. 440.

(2) Gradenwitz, Kueber et Schultze : *Vocabularium jurisprudentiae romanae*, Facc. V.

de fois on a employé l'expression de *succedere in locum* et celle de *succedere in jus*, nous arriverons au résultat suivant : huit fois l'expression : *succedere in locum*.

D. 20. 4. 3. pr. « *in suum locum succedenti* ».

D. 20. 4. 12. 5. « *in suum locum eum succedere* ».

D. 20. 4. 12. 8. « *locum ejus subeat* ».

D. 20. 4. 12. 9. « *loco ejus succedat* ».

D. 20. 4. 16. « *successit in ejus locum* ».

D. 20. 5. 5. pr. « *in locum ejus successerit* ».

D. 20. 6. 1. « *qui successerit in locum creditoris* ».

D. 20. 6. 12. pr. « *in locum ejus successisse* ».

cinq fois, l'expression *succedere in jus* :

D. 20. 3. 3. « *in jus pignoris succedat* ».

D. 20. 3. 3. « *in jus primi succedere debet* ».

D. 20. 3. 3. « *transire ad eum jus prioris* ».

D. 20. 4. 12. 9. « *in aliud pignus priori succedat* ».

D. 20. 5. 13. « *jus suum cedere debet* ».

Maintenant si nous cherchons dans les autres livres du Digeste et du Code, nous trouverons encore l'expression de *succedere in jus et locum* avec le même sens.

Cod. 8. 18. 3. « *in jus eorum successisti* ».

D. 27. 9. 7. 6. « *ut jus prioris creditoris transeat ad sequentem* ».

D. 50. 17. 177. « *in jus alterius succederit* ».

D. 27. 9. 12. « *ut ejus loco succedat* ».

D. 49. 14. 6. « *in privati jus succedit* ».

D'autre part, il y a aussi l'expression « *in locum ejus substituere* ». D. 20. 4. 16.

De tout ceci, nous pouvons affirmer que ce n'est pas absolument exact d'appeler cette institution *successio in locum*, quand l'expression de *succedere in jus* est presque autant employée.

Que signifie l'expression : *succedere in jus*? Elle a un sens plus extensif que l'expression *succedere in locum*. Elle ne peut pas signifier succéder seulement au rang hypothécaire du créancier payé, mais succéder aux droits de celui-ci. Il est indubitable qu'au sens purement étymologique « *jus* » signifie « droit » et que ce droit ne peut être que celui du créancier payé. Il se réfère aux actions que le créancier désintéressé possédait et qui par la succession, passent au payant.

Si l'expression *succedere in locum* a le sens de succéder au rang, d'après la théorie actuelle, alors l'expression *succedere in jus* ne peut pas signifier la même chose. Il faut chercher ce sens, nous devons nous en préoccuper et ne pas faire comme nos adversaires qui ont évité presque systématiquement de le discuter. Il n'y en a pas un qui se soit donné la peine de chercher ce que veut dire exactement cette expression.

Nous allons chercher le sens juridique de ces deux expressions par analogie avec le sens que le mot *succedere* a dans le cas de succession héréditaire.

Nous avons dit que le mot *successio* dans ce cas a le sens de succéder à tous les droits et obligations du défunt. Sur ce cas tout le monde est d'accord. Quelles sont les expressions étymologiques employées pour donner ce sens juridique?

Que ces expressions soient *succedere in jus* ou *succedere in locum*, le sens juridique reste immuable : succession à tous les droits.

En effet, de même que dans notre institution nous trouvons ici les mêmes expressions :

D. 29. 2. 37. « *succedere in omne jus mortui* ».

Cod. 4. 64. 1. « *in patris jura successisti* ».

Cod. 6. 28. 2. « *in locum patris succedere* ».

Pour l'acquisition du légataire, on trouve les mêmes expressions :

D. 43. 3. 13. « *in locum successisse accipimus sive per universitatem sive in rem* ».

Le terme se prend enfin dans un sens presque général : D. 43. 19. 3. 2. « *cujus locum hereditate vel emptione aliove quo jure successi* ».

Les mêmes mots doivent exprimer des situations juridiques pareilles, surtout quand on doute du sens exact qu'une expression peut avoir dans une autre institution.

Nous ne pouvons pas éliminer l'expression *succedere in jus*, car elle est trop répétée et par analogie nous avons trouvé son sens de succession aux droits. Et d'autre part, nous ne pouvons non plus faire prévaloir l'expression « *succedere in locum* » sur celle de « *succedere in jus* » parce que nous croyons que « *succedere in jus* » contient en elle « *succedere in locum* ».

« *Successio in locum* » n'a pas un sens juridique proprement dit, elle est complétée parfaitement par l'expression « *succedere in jus* ». On ne peut pas préciser *successio in locum* avec son propre sens, car elle n'aboutit pas à nous donner, seule, le sens juridique.

A. Faber dans ses définitions sur le Code nous dit dans sa troisième définition au titre 19 : « *quid enim aliud est in jus et locum creditoris succedere, quam eadem et personalis et realis actionis jus retinere* ».

S'il y a un doute sur son sens, il est immédiatement expliqué par l'expression *successio in jus* que nous trouvons employée à côté (1).

(1) Hulot : « *La clef des lois romaines ou dictionnaire* ». Il donne des explications sur le mot : subrogation. « Elle est une substitution à la place d'un autre. La subrogation aux droits d'un plus ancien créancier fait que celui qui est subrogé acquiert les mêmes droits et la même hypothèque que celui aux lieu et place duquel il est subrogé. Voir D. 20. 4. Cod. 8. 18. et 19.

Pour entendre en ce qui concerne la subrogation aux droits des plus anciens créanciers, il faut observer que ceux qui ne peuvent acquérir cette subrogation, sont ou créancier, ou même débiteur hypothécaires

Dans l'exposé suivant nous tâcherons de justifier le sens que nous donnons à l'expression *successio in jus* par des textes qui se trouvent dans la matière même de la *successio in locum* où nous allons voir que cette succession a le sens de succéder à tous les droits du créancier payé.

Nous estimons que c'est à tort que cette institution a été appelée *successio in locum*, quand cette expression ne donne pas le sens exact de la situation juridique. Elle devrait être appelée plutôt *successio in jus*, ce serait plus exact juridiquement.

Cela veut dire qu'on ne prend pas seulement la place du créancier hypothécaire payé, mais qu'on succède aussi à ses droits. Quels sont ces droits dont les textes ne cessent de parler? Certainement l'*actio hypothecaria*, les actions personnelles et encore d'autres moyens de défense que le premier créancier avait, pour donner à l'acquéreur une place efficace qu'il pouvait faire valoir en face des autres prétendants. Nous allons voir ces textes dans le développement qui suit.

Chez les anciens auteurs, nous trouvons les mêmes expressions de « *successio in jus* » et même Cujas (1) dit de plus : « *Successio in locum et in jus* » et parmi les « *jura* » il indique les actions personnelles et réelles.

Les Basiliques emploient presque partout l'expression de *successio in jus*. Elles ont remplacé l'expression *succedere in locum* par celle de *succedere in jus*. Nous avons vu l'explica-

ou chirographaires ou qu'ils ne soient pas ses créanciers. Cod. 8. 18. 1. et 5. et 10. Cod. 8. 19. 1. et 2. et 3. » Il dit qu'il faut faire pour cela une convention et s'appuie sur D. 20. 4. 11. 4. et loi 12. 6. Cod. 8. 14. 22. Cod. 8. 19. 4. Celui qui paie succède aux privilèges personnels. Il s'appuie sur D. 42. 3. 2. D. 42. 5. 24. 3. D. 42. 8. 10. et loi 16.

(1) Cujas : *Cujacii operum*, T. II. *Paratitla* livr. VIII, p. 542. La même expression est employée par presque tous les anciens auteurs. Voir notre exposé historique, quatrième partie.

tion donnée par A. Faber. Elle est la même chez Negustanius et tous les anciens auteurs.

Si nous n'avions eu dans les textes que l'expression de *succedere in locum*, nous serions peut-être resté dans une controverse et dans la confusion. Il n'y aurait pas eu possibilité pour une autre démonstration, quoique la pratique devait écarter un peu la rigidité du droit devant les exigences de la vie pratique, comme nous allons le voir plus loin.

118. — Un autre argument fourni par la troisième théorie est celui tiré du texte D. 20. 4. 12. 4. qui parle d'une *successio in ordinem* et qui pose le principe d'une succession à la place, c'est-à-dire au rang hypothécaire. Argument fourni par Beauregard (1).

« *Si tecum de hypotheca paciscatur debitor deinde idem cum alio tua voluntate, secundus potior erit : pecunia autem soluta secundo an rursus teneatur tibi, recte quaeritur, erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit, utrum, ut discedatur ab hypotheca in totum, prior concessit creditor alii obligari hypothecam, an ut ordo servetur et prior creditor secundo loco constituatur* ». D. 20. 4. 12. 4. « Si votre débiteur vous hypothèque une chose et l'engage ensuite à un autre créancier de votre consentement, le second créancier aura la préférence sur vous. Mais si le second créancier est payé, on demande si la chose reste encore engagée vis-à-vis de vous. C'est une question de fait qui dépend de l'intention des parties : car ou le premier créancier en permettant au débiteur d'engager à un autre le gage qu'il lui avait donné a entendu renoncer à son droit hypothécaire, ou bien il a entendu seulement donner la préférence au second créancier. »

Il ne s'agit pas du tout ici d'une *successio* quelconque à la

(1) Beauregard : *op. cit.*, p. 98.

place d'un créancier hypothécaire. L'idée que ce texte met en discussion, est celle de savoir si le consentement donné par un créancier hypothécaire de permettre au débiteur d'hypothéquer le bien sur lequel lui, créancier, a déjà une hypothèque, équivaut à une renonciation à son hypothèque. Le jurisconsulte Marcien répond que c'est une question de fait, laissée à l'appréciation du juge, de déterminer quelle a été l'intention des parties.

Ce texte ne présente aucune valeur comme appui de la troisième théorie. Il s'agit dans ce texte de la constitution d'une hypothèque nouvelle par le débiteur avec le consentement du premier créancier et non pas d'un paiement quelconque d'un créancier subséquent à un autre antérieur.

L'argument est maladroit et sans valeur.

119. — Beauregard invoque aussi le texte D. 46. 2. 30. et il dit que d'après la deuxième théorie l'hypothèque du créancier payé passe au payant. Cette théorie ne peut pas s'appliquer au cas de novation par changement de débiteur, car pour faire subsister les anciennes garanties il y a besoin du consentement du débiteur. « *Paulus respondit, si creditor a Sempronio, novandi animo stipulatus esset ita, ut a prima obligatione in universum discederetur, rursum easdem res a posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse* ».

Nous ne pouvons pas comprendre pourquoi ce texte a été invoqué, car non seulement il ne donne pas lieu d'appliquer la deuxième théorie mais encore il n'y a pas de théorie à y appliquer, parce que nous sommes ici en présence des effets normaux de la novation. Il faut avoir le consentement des parties pour faire revivre les anciennes sûretés. En plus de cela, ce texte ne parle guère de la *successio in locum creditoris*. Il n'a aucun rapport avec notre institution, comme nous l'avons déjà démontré au chapitre concernant la novation.

120. — Beauregard rapproche de l'argument du texte précité, le texte du D. 42. 5. 24. 3. où on parle de la succession à un créancier privilégié. Il dit que dans la succession aux privilèges on est dans le même cas que lorsqu'on succède à quelques qualités de la créance sans qu'il y ait cession de la créance.

Nous sommes parfaitement d'accord avec ceux qui défendent la troisième théorie de cette manière, mais quand ils affirment qu'il n'y a une succession qu'au rang hypothécaire, cela n'entraîne pas comme résultat la succession aux autres qualités de ce rang. Peut-être Beauregard a été obligé de faire cette affirmation en face des textes clairs, mais il n'a pas changé d'avis sur la nature juridique de la *successio in locum*, car l'idée d'une succession au rang hypothécaire seulement n'est pas du tout conciliable avec l'idée d'une succession aux qualités de ce rang. Cette théorie spécifie bien qu'il n'y a qu'une succession au rang vide sans autre qualité et c'est en cela qu'est la divergence entre les deux premières théories et la troisième, autrement on ne pourrait pas expliquer l'existence de la troisième théorie, les deux autres suffisant.

Nous ferons remarquer d'autre part, que ni la première théorie, ni la deuxième, ni nous, ne sommes d'avis qu'il y a dans la *successio in locum* une cession de créance, car la créance a été éteinte. Beauregard ne doit pas attribuer cette idée à ces théories pour les compromettre.

Nous admettons qu'il n'y a pas succession au rang hypothécaire seulement, ce qui ne signifie rien juridiquement, sans une protection efficace, mais qu'il y a succession à toutes les actions et qualités de la créance payée. Les partisans de la troisième théorie s'aperçoivent bien que le rang seul est sans signification juridique et ils admettent souvent qu'il y a succession aux autres qualités de la créance qu'ils ne veulent pas mentionner, sauf parfois, en face de textes qui les y obligent.

Ils veulent à tout prix soutenir qu'il n'y a pas une cession de créance et se perdent dans cette démonstration sur laquelle tout le monde est d'accord, comme nous l'avons dit plus haut.

D'autre part, ils veulent démontrer qu'il n'y a pas non plus succession à l'action hypothécaire qui est une qualité de la créance et du rang lui-même et qui le fait valoir, car quoique la priorité de l'hypothèque soit établie d'après la règle « *prior tempore, potior jure* », cependant ce n'est pas cette simple affirmation qui la fait passer première, car cette affirmation ne concerne qu'un état de fait. C'est le fait que cette situation est protégée juridiquement par des actions et des exceptions. Et c'est ici la véritable qualité du rang hypothécaire.

Et, quand on affirme qu'il y a une succession au privilège qui est une qualité de la créance, pourquoi ne veut-on pas admettre qu'il y a aussi une succession aux autres actions qui sont les vraies qualités de la créance? Les privilèges auxquels on peut succéder sont-ils limités? Nous ne le pensons pas. Donc, par extension nous pouvons dire qu'il y a une succession à toutes les qualités de la créance.

Nous croyons que les défenseurs de la troisième théorie avec lesquels nous nous trouvons d'accord sur quelques points, ont eu peur de pousser le problème trop loin, estimant que leur théorie n'aurait pas tenu et que les principes de droit romain n'auraient pas admis une telle situation, quoique les textes clairs nous le montrent.

121. — Dans les explications que nous avons données dans les chapitres précédents, concernant les conditions de *successio in locum*, là où la loi l'admet, nous avons dit qu'il fallait faire une convention de constitution d'hypothèque. Ainsi dans le cas du prêteur qui paie le créancier hypothécaire, cette convention est imposée par les textes : D. 20. 3. 3. D. 20. 4. 12. 9. D. 20. 4. 12. 8. Cod. 8. 18. 1.

De même pour l'acheteur du bien hypothéqué, Cod. 8. 18. 3. et d'une manière générale pour tous les cas de *successio in locum*. Cod. 8. 18. 1.

Tous les partisans de la théorie actuelle sur la nature juridique de la *successio in locum* s'emparent de cette obligation en prétendant que si les tiers succèdent à l'hypothèque du créancier payé, pourquoi faut-il encore une convention spéciale d'hypothèque propre quand ils l'ont déjà?

La réponse n'est pas difficile à trouver. Nous savons combien en raison de la personnalité des obligations, il était difficile de déplacer un droit de la tête d'une personne sur celle d'une autre. Les tiers qui intervenaient là où tous les créanciers étaient hypothécaires, munis d'actions réelles, devaient obtenir une situation équivalente, être au même degré qu'eux s'ils voulaient concourir avec eux. Ils ne pouvaient pas être simples créanciers chirographaires, lorsqu'ils avaient en face d'eux des créanciers hypothécaires. Ils devaient avoir les droits hypothécaires de leur auteur payé.

Sommes-nous en présence d'une véritable convention de constitution, d'une hypothèque nouvelle, ou cette convention avait-elle un autre sens?

Tous ceux (1) qui se sont occupés de la *successio in locum*, affirment qu'une des conditions nécessaires pour exercer cette institution, est de faire une convention d'hypothèque. Nous ne partageons point cette opinion.

D'abord les textes n'en parlent pas. Ils s'expriment toujours d'une manière générale, exigeant un pacte, une convention. « *Nisi convenerit* », « *ut solvat priori* », D. 20. 3. 3. D. 20. 4. 12. 9., « *sub hoc pacto credat* ». Cod. 8. 18. 1.

Il n'était pas nécessaire de faire une convention de constitution d'hypothèque. Il fallait seulement faire un pacte pour

(1) Beauregard : *op. cit.*, p. 107. Hardy : *op. cit.*, p. 16. Chachuat : *op. cit.*, p. 31., etc...

convenir des conditions de paiement et déterminer la destination de l'argent : que le créancier qu'on veut désintéresser soit payé. C'est tout.

Pourquoi pas de convention de constitution d'hypothèque nouvelle?

Cette convention doit être faite par le propriétaire de la chose, d'après les règles de droit. Le propriétaire de la chose est le débiteur principal. Comment pouvait-il intervenir et faire une constitution d'hypothèque quand le paiement au créancier hypothécaire dont on prend la place, se faisait malgré lui, « *invito debitore* »? D. 20. 4. 12. 6. L'acheteur agissait de même en s'adressant directement au créancier dont il voulait acheter le bien, et en ignorant totalement le débiteur. C'est avec ce créancier que le pacte devait être fait. Mais le créancier hypothécaire ne pouvait pas constituer une hypothèque là où il n'est pas propriétaire de la chose. Il pouvait seulement convenir par un pacte de la transmission des droits qu'il avait acquis sur la chose.

En cas de *jus offerendi*, il n'y a pas de doute que la convention devait avoir lieu entre créanciers hypothécaires. En cas d'achat, la vente pouvait être faite aussi bien par le premier créancier hypothécaire que par le débiteur ou par un autre créancier hypothécaire postérieur. Mais la *successio in locum* pour l'acheteur n'a lieu que lorsque le créancier hypothécaire premier en rang a été payé avec cet argent. Si un créancier postérieur vend, l'acheteur sera évincé par le premier qui peut, étant payé, céder ses droits à l'acheteur pour lui permettre de se retourner contre le débiteur principal. Si c'est le débiteur qui vend, l'acheteur n'a droit à la *successio in locum* que lorsque le premier créancier a été payé. D'ailleurs nous avons vu que l'acheteur ne peut pas avoir une hypothèque sur sa propre chose. Il a seulement les moyens de défense, attachés à l'hypothèque. L'acheteur n'a pas une hypothèque,

d'après les règles de droit, il ne bénéficie de la *successio in locum* que lorsqu'il a payé le premier créancier. En tout état de choses, il faut passer par le premier créancier. Pourquoi? Parce que c'est lui qui possédait tous les droits, toutes les actions. La constitution d'une hypothèque nouvelle par le débiteur ne peut pas avoir lieu pour permettre l'application de la *successio in locum*.

Pour le prêteur, il est vrai, il peut avoir une hypothèque sur le bien hypothéqué, consentie par le débiteur. Mais cette hypothèque est dernière en rang. S'il traite seulement avec le débiteur il reste toujours dernier. Pour exercer la *successio in locum*, il doit payer le premier créancier. Donc, le prêteur aussi est obligé de passer par le premier créancier. La *successio in locum* ne joue que lorsqu'on a traité avec le premier créancier. Rien de plus logique, car le but de la *successio in locum* est de prendre la place de ce créancier qui détenait tous les droits et il faut avoir un contact direct avec lui. Il faut que ce soit lui qui fasse le pacte, parce que par ce pacte on ne traitera pas de la constitution d'une nouvelle hypothèque — tout à fait étrangère à la *successio in locum*, — ni même d'autre chose, que de convenir sur les droits que le premier créancier possédait et qui devaient être cédés à celui qui convenait avec lui. Nous allons démontrer plus loin que ces droits survivent à l'hypothèque elle-même, D. 44. 2. 30. 1. et qu'ils doivent être cédés, ainsi que l'action hypothécaire, D. 21. 2. 38., D. 20. 4. 11. 4, les privilèges, D. 42. 5. 24. 3., Cod. 8. 18. 4., le droit absolu de vendre, D. 20. 5. 5. pr., l'action paulienne, D. 42. 8. 10. 1. et toutes les autres actions personnelles, D. 42. 3. 2.

De tout cela il résulte que la convention intervenue entre les parties n'était pas une convention de constitution d'une nouvelle hypothèque — étrangère à la *successio in locum* —, mais une convention concernant les droits du premier créancier, avec lequel il fallait s'entendre et faire la convention. Un

bénéfice quelconque ne peut être obtenu sans le consentement de celui qui le possédait : « *Id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest* » D. 50. 17. 11, et « *Invito beneficium non datur* ». D. 50. 17. 69.

L'explication juridique donnée peut être renforcée par d'autres arguments. Le droit était encore dans un état de formalisme, ses institutions peu fixées, la technique juridique pas encore bien formée pour permettre au droit de transporter une institution d'un domaine à un autre. On ne pouvait sortir avec facilité du champ d'application d'une institution juridique. Aujourd'hui quand une situation juridique nouvelle apparaît, le droit peut avoir des principes déjà formés à lui appliquer et une place à lui assigner dans le cadre du droit actuel. En droit romain les choses ne pouvaient pas se passer ainsi, car il lui manquait cette technique juridique qui rend le droit plus souple.

Mais de cette convention qui devait précéder la subrogation du tiers aux droits du créancier payé, nous tirons une autre conclusion qui constitue pour nous un de nos principaux arguments.

Dans ce pacte le tiers subrogé qui prenait la place du créancier hypothécaire, devait insérer l'obligation pour le créancier payé de lui céder ses actions, ses exceptions ou tout autre moyen de défense qu'il pouvait avoir, pour donner les sanctions nécessaires à une situation juridique et rendre ainsi sa sécurité parfaite. La raison d'être de cette convention ne pouvait être que celle-là. Nous savons que là où il n'y avait pas moyen de déroger aux principes stricts de droit, les conventions, les pactes, les stipulations entre parties, étaient d'un grand secours. Par convention spéciale on a introduit au début, le droit de vendre le bien hypothéqué, avant que cette faculté ne devienne légale. Il en a été de même pour le *pactum commissorium* en cas d'inexécution des obligations.

Cette possibilité ne pouvait pas échapper au tiers qui prenait la place du premier créancier pour obliger celui-ci à lui céder ses actions, d'autant plus que cette stipulation était obligatoire pour lui.

Les glossateurs (1) ont été fort embarrassés par cette convention et dans les explications qu'ils donnent, ils supposent deux hypothèques : une que le *succedens* se faisait constituer et l'autre existant primitivement au profit du créancier payé, l'ancienne hypothèque. Leur erreur a été mise en évidence par les anciens auteurs : Negustanius, Bartole, Favre, etc... qui les ont corrigés, ainsi que nous le verrons dans la partie que nous consacrerons à l'exposé historique. Les jurisconsultes romains ne disent pas qu'il faut faire un pacte de telle ou telle manière. Ils affirment simplement la nécessité d'une convention, en s'exprimant de différentes manières, et en revenant toujours sur cette affirmation. Ils disent : « *in locum succedere, de pignore convenire, in locum ejus subeat, sub hoc pacto credat, in jus eorum successisti, ut idem pignus obligetur* », etc...

Cette convention n'avait d'autre but que de subroger la personne qui désintéressait le créancier hypothécaire, dans les droits de celui-ci. On ne peut pas expliquer autrement les expressions comme : *in jus eorum successisti* Cod. 8. 18. 3, *ut idem pignus ei obligetur et in locum ejus succedat* Cod. 8. 18. 1, *ut in locum ejus subeat* D. 20. 4. 12. 8, etc...

De ces expressions il résulte qu'il n'y a pas succession au rang hypothécaire seulement, car ce n'est pas là le sens des expressions que nous avons reproduites. Les expressions disent clairement : pour succéder à ses droits. On ne peut pas être plus clair que cela.

(1) Accurse : *Digestum vetus seu Pandectarum juris civilis*, T. I, p. 1928.

On ne peut pas dire que seulement là où on le demande expressément il y a *successio in locum*. Cette succession se produisait lorsque la convention intervenait, conçue sous une forme ou une autre, car le but du paiement, quelle que soit la personne qui payait, était de la faire succéder à celui qu'elle payait. On se trompe lorsqu'on affirme que la subrogation ne se produisait que là où l'on employait l'expression de *succedere in locum*, parce que nous avons la disposition générale du texte du Code 8. 18. 1, où l'on dit qu'il faut faire un pacte de subrogation et que cela suffit. Cette convention doit contenir une disposition expresse par laquelle la personne qui paie est subrogée au créancier payé dans la même hypothèque, et ainsi elle succède à sa place et a ses droits « *sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur et in (1) locum ejus succedat* » Cod. 8. 18. 1. « *Ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in jus eorum successisti*. Cod. 8. 18. 3. En combinant ces deux lois (1 et 3) le résultat est que le but de la convention des parties ressort clairement. Il était : *a*) de donner comme garantie les mêmes biens, en faisant le paiement au créancier hypothécaire; *b*) de faire succéder celui qui payait à la place du créancier payé et à ses droits.

122. — Les défenseurs de la troisième théorie (2) s'appuient aussi sur les expressions employées au Code 8. 14. 22 « *secundus creditor confirmat sibi pignus* » et Code 8. 18. 5. « *pignus tui causa firmabitur* » et disent que cela signifie que celui qui paie confirme son hypothèque par l'acquisition du rang du créancier payé.

(1) Les deux propositions subordonnées : « *Ut idem pignus ei obligetur et in locum ejus succedat* » sont pareilles au point de vue grammatical, car il faut sous-entendre la conjonction « *ut* » qui montre le but, la cause du paiement aussi dans la deuxième proposition : *et ut in locum... succedat*. Ainsi les deux idées exprimées par ce texte sont distinctes : on fait un pacte pour accorder la même hypothèque et pour succéder à la place et aux droits de celui qu'on paie.

(2) Petit : *Manuel de droit romain*, p. 267.

Le paiement fait pour désintéresser un créancier hypothécaire constitue une créance absolument propre. On ne peut pas dire que le troisième créancier hypothécaire (par exemple) qui a désintéressé le premier ferait passer sa créance du troisième rang au premier. Il a bien deux créances distinctes. L'une est son ancienne qui est en troisième rang et l'autre est en premier rang pour le paiement fait et est garantie par les actions du premier créancier.

Pour qu'il y ait une hypothèque avec le premier rang il aurait fallu une constitution d'hypothèque. Le premier créancier payé ne pourrait pas faire une constitution d'hypothèque n'étant pas propriétaire de la chose.

Tout ce qu'il peut faire est de céder au payant ses droits. Et c'est justement à cela que les textes font allusion.

Celui qui paie confirme son droit dans ce sens qu'il acquiert par le désintéressement du premier créancier les droits que celui-ci possédait. Il acquiert le droit de vendre, de se faire payer par préférence, le droit de suite, son action hypothécaire et tous les droits qui rendaient si efficace la situation du premier créancier.

Par là sa situation devient stable en quelque sorte et invulnérable vis-à-vis des autres créanciers. Les créanciers postérieurs avaient bien des droits hypothécaires, comme nous l'avons dit plus haut, mais ils étaient mis dans l'impossibilité de les exercer du fait que le premier créancier avait l'exercice de ces droits d'une manière absolue. Il fallait prendre sa place et acquérir de lui ces droits. C'est cela même le sens de l'expression « *pignoris tui causa firmabitur* ».

123. — Nos adversaires, les défenseurs de la troisième théorie, trouvent un autre argument pour soutenir leur thèse, dans la disposition de la loi 2 du D. 13. 7. « *Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit tuque ei nummos credidisti, quos*

ille solvit ei creditori cui pignus dederat, tibi que cum eo convenit, ut ea res, quam jam vendiderat, pignori tibi esset, nihil te egisse constat, quia rem alienam pignori acceperis. » D. 13. 7. 2.

La paraphrase de ce texte est la suivante : « Un débiteur emprunte de l'argent pour désintéresser un créancier hypothécaire et promet de donner à ce nouveau prêteur le même bien comme garantie; mais le débiteur avait vendu le bien hypothéqué pour désintéresser le premier créancier, avant de passer la dite convention avec le nouveau prêteur. De ce fait la convention hypothécaire est nulle car elle porte sur la chose d'autrui ».

Les partisans de la troisième théorie disent que si le tiers qui veut payer le créancier hypothécaire succède à l'hypothèque du créancier payé, cette succession à l'ancienne hypothèque ne peut pas s'appliquer ici en face de ce texte prohibitif. Cette solution serait sans intérêt pratique si l'on pouvait tourner la difficulté en convenant que l'on succédera quand même à l'hypothèque du créancier. La décision de Pomponius serait naïve (1), dit Beauregard.

Heureusement que Pomponius n'était pas du tout naïf comme nos adversaires pourraient très bien l'être au sujet de l'interprétation de ce texte.

Pomponius discute ici tout à fait autre chose que ce que les partisans de la troisième théorie pensent. Il fait ici une application de la règle générale en matière d'hypothèque qu'on ne peut pas obliger par hypothèque un bien qui n'est pas la propriété du débiteur.

Le débiteur avait bien convenu avec le prêteur qu'il va payer avec son argent le premier créancier « *nummos credidisti, quos ille solvit ei creditori cui pignus dederat* », mais cela

(1) Beauregard : *op. cit.*, p. 92.

ne suffit pas. Nous revenons toujours à la règle que nous avons assez souvent expliquée, que la convention faite pour succéder à un créancier hypothécaire, doit être passée avec le créancier qu'on veut payer. Il faut passer par lui. Autrement, il n'y a pas de *successio in locum*. Et cela toujours pour la même raison, qui explique toute l'institution de la *successio in locum*, que le tiers qui veut prendre la place du créancier payé a besoin des actions de celui-ci. L'hypothèque sera éteinte par le paiement, mais il restera toujours les actions qui seront nécessaires au *succedens*. La convention n'ayant pas été passée avec le créancier, le tiers n'aura pas la *successio in locum*.

Il ne faut pas non plus se tromper sur l'analyse grammaticale du texte, car on peut croire que la convention a eu lieu avec le créancier. La proposition qui exprime la convention intervenue entre parties est : « *tibique cum eo convenit* », — « *cum eo* » suppose le débiteur, car la proposition qui est intercalée « *quos ille solvit et creditori qui pignus dederat* », est une proposition explicative, une complétive directe de la proposition antécédente : *que* (et) *tu ei nummos credidisti* ». Le mot « *quos* » pronom relatif, se rapporte à « *nummos* » avec lequel il s'accorde, si bien qu'en éliminant la proposition complétive directe la phrase serait ainsi : *Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit tuque et nummos credidisti, tibique cum eo convenit, ut ea res, pignori tibi esset*.

Le débiteur avait trompé le nouveau prêteur en lui engageant un bien qu'il avait déjà vendu. La règle générale est que personne ne peut avoir hypothèque sur un bien qui n'est pas la propriété du débiteur. Elle s'applique aussi bien au premier créancier qu'au second ou au tiers qui paie le créancier hypothécaire.

Le bien était sorti de la propriété du débiteur, il ne pouvait plus l'obliger par une nouvelle hypothèque.

Le nouveau créancier non seulement ne peut pas succéder

à l'hypothèque du premier créancier, mais il ne peut avoir une nouvelle hypothèque, car le bien n'est plus dans la propriété du débiteur.

Si le bien n'était pas dans la propriété du débiteur le jour où il a fait la convention d'hypothèque avec le premier créancier, ce premier créancier n'avait pas d'hypothèque. Le tiers prêteur ne pourra pas non plus en avoir. Du reste dans la partie précédente, nous avons démontré que parmi les conditions nécessaires pour succéder à la place d'un créancier hypothécaire, l'une est de prendre soin que le bien soit encore dans la propriété du débiteur.

Voilà l'application de ce texte qui ne peut point être invoqué à l'appui de la thèse de nos adversaires dans le sens qu'ils désirent.

Mais Beauregard croit, d'après la manière dont il s'exprime ici, que les autres théories soutiennent qu'il y a en matière de *successio in locum* un transfert de l'ancienne hypothèque, au nouveau créancier. Nous ne sommes pas de cet avis. Nous disons simplement qu'il y a un transfert de droits du créancier payé, donc de ses actions et moyens de défense, parmi lesquels l'action hypothécaire et non pas de l'hypothèque elle-même, car elle a été éteinte par le paiement effectué.

Nos adversaires veulent dire dans ce cas qu'il n'y a pas succession à l'hypothèque du premier créancier car le bien a été aliéné par le débiteur. Nous prenons cet argument comme bon, laissant de côté la vraie interprétation du texte que nous avons donnée. Et, par un raisonnement *a contrario*, ils devraient dire que, si la chose était encore dans la propriété du débiteur, il y aurait succession à l'hypothèque du créancier payé. S'ils ne veulent pas admettre une succession à l'hypothèque du créancier payé, parce que le bien n'est plus la propriété du débiteur, ils doivent admettre que lorsque le bien

est encore la propriété du débiteur, la succession à l'hypothèque du créancier payé. a lieu.

124. — Nous tâchons de démontrer — à l'encontre de la théorie actuelle qui dit qu'il n'y a qu'une succession au rang hypothécaire en matière de *successio in locum* — que celui qui paye un créancier hypothécaire succède à tous les droits du créancier payé. Nous avons des textes positifs en ce sens, mais le malheur c'est que nos adversaires leur donnent une interprétation erronée. « *Si obligavit rem tutor sine decreto, quamvis obligatio non valeat, est tamen exceptioni doli locus, sed tunc, cum tutor acceptam mutuam pecuniam ei solverit, qui sub pignore erat creditor. Item videndum est : an et obligare ei rem possit : et dicendum est, si eandem sortem acceperit nec gravioribus usuris, valere obligationem, ut jus prioris creditoris ad sequentem transeat* ». D. 27. 9. 5. et 6.

La paraphrase du texte est la suivante : « Un tuteur ne peut pas hypothéquer les biens du pupille sans la permission du prêteur. Cependant il paie un créancier hypothécaire avec l'argent qu'il avait emprunté. Il peut subroger ce tiers aux droits du créancier payé, si par l'acte qu'il fait, il n'aggrave pas la situation du pupille, s'il n'y a pas d'intérêts plus élevés, par exemple ».

Nos adversaires (1), en face de ce texte, disent qu'il s'agit ici d'une exception à la règle que le tuteur ne peut pas hypothéquer sans le consentement du prêteur. Leur argument n'est point fondé, car il s'agit d'une autre règle et d'une autre interprétation à donner à ce texte, tout en consacrant l'idée que nous soutenons que le tiers qui paye un créancier hypothécaire a droit à la succession des droits du créancier payé.

Nous savons que le tuteur ne peut pas par l'administration

(1) Beauregard : *op. cit.*, p. 94.

qu'il a des biens du pupille, aggraver la situation de celui-ci. Il peut l'améliorer ou la maintenir. Le texte confirme cette règle. Il dit que le tuteur ne peut pas hypothéquer les biens du pupille, car ce serait rendre sa situation moins bonne. Mais le tuteur trouve un état de fait, car le pupille avait déjà une hypothèque. Il doit respecter cet état. Que fait-il?

Il emprunte de l'argent pour payer ce créancier qui avait une hypothèque sur les biens du pupille. A-t-il le droit de le faire?

Ulpien nous dit qu'il peut le faire, parce qu'il n'aggrave pas la situation du pupille. Il ne la rend pas moins bonne parce qu'il ne doit pas stipuler au profit du tiers prêteur des intérêts plus élevés que ceux qu'il payait avant. De cette manière, le tuteur reste dans la prescription de la loi et dans ses droits, car il maintient l'ancienne situation. « *Videndum est et dicendum est, valere obligationem si eamdem sortem acceperit nec gravioribus usuris* ».

Le texte dit d'une manière impérative « *videndum est* », il faut voir, et « *dicendum est* », il faut dire, que l'obligation est valable si la situation du pupille reste la même et s'il n'y a pas de taux d'intérêts plus élevé, « *nec gravioribus usuris* ».

Mais l'autorité de ce texte a une autre importance pour nous. En dehors du problème exposé plus haut, il résout une autre question que nous trouvons dans ce texte.

Il dit que le créancier prêteur qui paie un créancier hypothécaire succède à ses droits. « *Ut jus prioris creditoris ad sequentem transeat* » : Pour qu'il transfère le droit du premier créancier au suivant.

L'importance de ce texte pour nous est très grande.

Il affirme qu'un tiers qui désintéresse un créancier hypothécaire succède aux droits du créancier payé, contre l'opinion de nos adversaires qui croient que la *successio in locum* pro-

cure seulement le rang hypothécaire. Ce texte est très clair. En quoi consiste-t-il ce droit hypothécaire?

Un droit a toujours une sanction c'est-à-dire une action pour le rendre efficace. En effet le droit hypothécaire a une action hypothécaire qui doit être transférée au tiers payant.

La question résolue par ce texte n'entre pas dans nos préoccupations, car il s'agit ici des droits qu'un tuteur peut avoir sur les biens d'un pupille en matière d'hypothèque. Seulement, nous avons été amenés par nos adversaires à expliquer ce texte. La question qui nous intéresse est celle de la *successio in locum* que le texte touche à la fin, avec l'interprétation que nous lui avons donnée.

125. — Voilà un autre texte qui embarrasse aussi beaucoup nos adversaires. « *Aristo Neratio Prisco scripsit : etiamsi ita contractum sit, ut antedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata : neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore : quo casu emptoris causa melior efficitur, denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit huc usque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat, quod admittendum existimo : saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest* ». D. 20. 3. 3.

« Paul dit qu'Ariston a écrit à Neratius Priscus que quoi qu'on ait contracté pour désintéresser le premier créancier, on ne peut succéder aux droits du créancier payé, si on n'a pas convenu que la même chose lui soit obligée, car on ne peut pas succéder aux droits du premier créancier si on ne l'a pas convenu. Ensuite si le premier créancier avait fait un pacte de vente avec le débiteur et si le créancier postérieur

avait omis de faire un même pacte, non parce qu'il avait oublié, mais parce que cela résulte des faits qu'il ne peut pas vendre, il faut voir si le droit de vendre du premier créancier peut lui être transféré. Je crois que cela doit être admis, car assez souvent ce qu'on ne peut pas avoir par sa propre personne, on peut l'avoir par un tiers. »

Ce texte pose la règle générale que nous trouvons aussi au Code 8. 18. 1., que celui qui paie un créancier hypothécaire, ne peut pas succéder aux droits du créancier désintéressé s'il n'y a pas un pacte qui précise ce droit. La deuxième règle que le texte pose est celle d'après laquelle le droit de vendre du créancier payé, est transféré par le paiement effectué au créancier payant si celui-ci ne l'avait pas de son propre chef.

Dernburg (1) croit que le texte est interpolé.

Les mots : « *non per oblivionem, sed cum ageretur, ne posset vendere* », seraient interpolés. De même Beauregard (2). Mais que le texte soit interpolé ou non, cela n'a pas d'importance pour nous, car l'interpolation ne change pas du tout le sens du texte pour les idées que nous cherchons. Herzen (3) croit que le texte n'est pas interpolé.

Beauregard est très embarrassé en face de ce texte. Il admet qu'on peut accorder à un tiers le droit de vendre que le créancier désintéressé possédait, mais pas plus.

Il faut remarquer que dans ce fragment on ne répète pas moins de trois fois de suite l'expression : « *in jus succedere* : « *in jus pignoris succederet, in jus primi succedere debet, ad eum jus prioris transire* ». Que peuvent signifier ces expressions, sinon transférer, par le paiement fait, au tiers les droits du premier créancier?

(1) Dernburg : *Das Pfandrecht*. T. II, p. 509.

(2) Beauregard : *op. cit.*, p. 95.

(3) Herzen : *Le concours de plusieurs hypothèques et D. 20. 3. 3.*, dans *Nél. Gérardin*, p. 299 et suiv.

Nous sommes d'accord avec Beauregard qu'on ne peut pas transférer l'hypothèque du créancier payé, car par le paiement elle a été éteinte. Il n'y a plus d'hypothèque, mais il reste les droits de cette hypothèque qui sont nécessaires au tiers payant.

Pourquoi ne peut-on pas lui transporter les autres droits?

Quel serait le principe juridique qui s'y opposerait ou l'inconvénient pratique?

Du moment qu'on peut lui transférer un droit, celui de vendre, pourquoi serait-il défendu de lui céder les autres? Y a-t-il un principe de droit quelconque qui s'opposerait formellement à cela? Au contraire Paul pose ici une question de principe général bien défini. Après avoir répété trois fois les mêmes idées par des expressions comme *succedere in jus*, qui contient sans aucun doute l'idée de succéder aux droits du créancier payé, donc aussi à celui de vendre, il ne s'en contente pas, quoique cela eût suffi pour l'espèce présentée; il insiste davantage à la fin, pour montrer la raison juridique de cette succession. Il pose un principe général qu'on peut acquérir assez souvent du chef d'une autre personne ce qu'on ne peut pas avoir de son propre chef. Il veut confirmer tout ce qu'il avait dit jusque là. Voilà le principe qui nous permet d'admettre qu'on peut succéder aux droits du premier créancier et qu'il ne s'agit pas ici seulement de l'acquisition du droit de vendre comme dit Beauregard ce qui suffirait pour nous pousser à chercher s'il n'y a pas une cession d'autres droits. Paul l'admet expressément en posant le principe général et nous n'avons pas d'autre texte qui nous en empêche. Nous disons encore plus : ce qui n'est pas défendu, est permis dans le droit. En appliquant ici une règle expresse de droit romain nous arriverons au même résultat. Celui qui se tait, ne paraît rien démontrer, mais nous sommes sûrs d'une chose, qu'il ne

nie pas. D. 50. 17. 142. « *Qui tacet, non utique faletur : sed tamen verum est eum non negare* ».

Dans notre matière cela veut dire que là où un texte est muet, cela ne signifie pas qu'il nie une règle quelconque, mais bien au contraire la seule chose que nous pouvons savoir c'est qu'il ne la nie pas.

Mais nous ne nous appuyons pas sur des textes douteux, d'où peut résulter l'idée cherchée, mais sur des textes clairs et expressifs, comme celui qui affirme qu'il y a une *successio in jus*. Non seulement les textes ne sont pas muets — alors que nous aurions pu, cependant, essayer de tirer une affirmation dans notre sens d'autres textes, par une extension quelconque, — mais ils nous autorisent expressément à tirer la conclusion qu'il y a une succession aux droits.

Avant d'avoir le principe et les expressions claires des textes, nous aurions pu douter de la décision. Du moment que les textes sont affirmatifs dans notre sens qu'il y a succession aux droits du créancier payé, non seulement nous sommes obligés de les suivre, mais nous ne pouvons pas aller contre eux.

Le sens de l'expression *successio in locum* ne fait plus de doute en face de ces textes. Il signifie: prendre les droits du créancier payé, comme nous le prouvent les expressions et les décisions des textes. Si cette interprétation n'était pas vraie, il resterait à démontrer ce que signifient les expressions : *succedere in jus, succedere in jus primi creditoris*, etc. Personne ne douterait que *jus* signifie droit et non place et que les droits du premier créancier hypothécaire sont des droits qui tendent à défendre sa qualité, donc des actions; ce sont ces actions et d'autres droits encore : droit de vendre, droit de préférence, etc..., qui doivent passer après le paiement à celui qui a payé ce créancier.

126. — Nous savons (1) que la convention de constitution d'hypothèque, doit être faite par le propriétaire de la chose, c'est-à-dire qu'en cas de *successio in locum* cette convention doit être faite par le débiteur.

La troisième théorie dit que par la nouvelle constitution d'hypothèque l'acheteur ou celui qui exerce le *jus offerendi*, acquiert une nouvelle hypothèque avec le rang du créancier payé. Cette convention doit être faite d'après la règle générale plus haut mentionnée, par le débiteur certainement.

Quant à notre thèse nous avons expliqué ce que signifie cette nouvelle convention que le tiers doit faire. Nous avons dit que cette convention qui intervient entre l'acheteur et celui qui exerce le *jus offerendi*, se fait avec le créancier et qu'elle a pour but de céder les droits du créancier payé à celui qui le désintéresse. Il ne s'agit pas d'une constitution d'hypothèque proprement dite, mais simplement d'une convention, un pacte qui concerne seulement les droits hypothécaires et les autres droits du créancier payé. Le débiteur n'a pas à intervenir. Cod. 8. 18. 1.

Comment parler alors de constitution d'une nouvelle hypothèque quand le débiteur n'intervient pas et lorsqu'elle se fait « *invito debitore* » ? D. 20. 4. 12. 6. Il est donc impossible de parler d'un droit de gage nouvellement acquis. Si celui qui achète ou qui exerce le *jus offerendi*, peut invoquer la place du créancier payé avec lequel il a contracté, c'est qu'il succède à ses droits hypothécaires, d'après leur convention. La *successio in locum* s'exerce sur les droits hypothécaires du créancier payé. La convention d'hypothèque que les parties devaient faire quand il y a *successio in locum*, ne concerne pas une nouvelle hypothèque, comme le croit la théorie actuelle, mais

(1) Nous avons fait l'analyse de cette convention dans un chapitre précédent.

l'hypothèque du créancier hypothécaire et plus spécialement les droits du créancier payé. C'est sur cette hypothèque que porte la convention des parties, car le premier créancier hypothécaire payé ne peut pas instituer une hypothèque sur la chose du débiteur. Seul celui-ci peut instituer une nouvelle hypothèque sur son bien.

Mais le premier créancier désintéressé peut disposer de son droit hypothécaire à son gré, « *invito debitore* ». Il ne peut pas donner l'hypothèque elle même au tiers qui le paie, car elle a été éteinte par le paiement effectué, mais il peut lui concéder ses droits hypothécaires comme nous disent les textes « *in jus suum succedere, jus suum cedere debet* ». D. 20. 3. 3.

La réponse de la troisième théorie à cet argument est très embarrassée : « L'objection est des plus sérieuses. Il faut la résoudre ou renoncer à notre théorie », dit Beauregard (1). Il dit : « L'acheteur, il est vrai, n'a pas une hypothèque de son chef (du créancier), il a mieux qu'une hypothèque, il a le droit de propriété. C'est ce droit qui vient prendre la place des hypothèques éteintes, non pas sans doute, pour faire regarder l'acheteur comme un créancier hypothécaire, mais pour l'assurer de son prix d'achat, soit de se refuser de se démentir de la chose, tant qu'on ne l'aura pas indemnisé, soit de se faire colloquer sur le prix dans le rang des créanciers désintéressés, dans le cas où les autres (créanciers) pourraient prendre le gage ».

Nous sommes de l'avis de Beauregard quand il dit que l'acheteur peut se défendre avec son droit de propriété, mais cela, il ne peut le faire que lorsqu'il a acheté du premier créancier, car alors le droit de *jus offerendi* n'existe plus pour les créanciers postérieurs. D. 20. 5. 3. Il n'y a pas de doute dans ce cas qu'il a le droit de propriété dans son plein exercice. Mais

(1) Beauregard : *op. cit.*, p. 97.

les droits du premier créancier lui sont nécessaires en d'autres circonstances, lorsqu'il a acheté du débiteur, car alors le *jus offerendi* subsiste intégralement, ou lorsqu'il a acheté du premier créancier et que le bien n'était pas la propriété du débiteur. D. 20. 5. 3. 1.

Dans ces cas il a besoin des droits du premier créancier pour pouvoir se faire rembourser de son prix, vis-à-vis des créanciers postérieurs. C'est contre cette situation que le tiers doit se préserver. Beauregard dit que le tiers se défendra par le rang acquis du créancier payé. Ce rang seul n'a pas de signification. Il doit avoir une sanction quelconque, donc une action. Ce sont ces actions qui sont nécessaires au tiers pour rendre efficace le rang acquis. Beauregard évite de prononcer le mot « droit » de peur de compromettre sa théorie. Il répète sans cesse le mot « rang ». Le rang est bien une situation juridique, mais comme toute situation juridique, il doit avoir une action sans cela nous sommes en présence d'un simple état de fait.

127. — Il faut remarquer que Beauregard voit bien que la constitution d'une nouvelle hypothèque échoue ici et il cherche une autre explication : « Les moyens s'expliquent, dit-il, par l'équité car ce cas est un simple moyen de défense » (1). Nous répondons à cette interprétation que l'équité est bien un moyen de résoudre les situations de fait, mais que cela n'arrive pas toujours devant les problèmes de droit.

Nous trouvons la même explication chez Jourdan (2). Il dit : « L'hypothèque pas plus que la créance n'est pas cédée, elle s'éteint par le paiement. Seulement la question est de savoir qui profitera de cette extinction. Eh! bien, un principe d'équité consacré par le droit positif sous la forme du privi-

(1) Beauregard : *op. cit.*, p. 98.

(2) Jourdan : *op. cit.*, p. 470.

lège « *propter versionem in rem* » veut aussi que ce soit le créancier hypothécaire qui a fourni les deniers qui ont éteint l'hypothèque de Primus ». Nous voudrions bien admettre ce principe d'équité invoqué par Beauregard et Jourdan en vertu duquel on succède à la place du créancier payé, mais le droit ne se plie pas toujours devant les principes d'équité que nous voyons très bien. Nous devons parler en hommes de droit et chercher par quel mécanisme juridique se réalise cette succession. Par l'explication donnée par nos adversaires, nous sommes seulement en présence d'un état de fait qui n'intéresse le droit qu'autant qu'il entre dans les principes de droit et peut être pourvu d'une défense efficace, par des actions. Il faut trouver ce moyen juridique, surtout à une époque où le droit est enfermé dans des formules si strictes. Cette équité que les défenseurs de la troisième théorie invoquent est un peu mal placée ici pour construire un moyen de technique juridique. L'équité prend une grande part à la construction d'un principe de droit, mais elle n'est pas décisive. Elle s'attache à une formule juridique pour lui donner plus de force, mais elle ne construit jamais seule un principe juridique. Tous les principes juridiques sont pénétrés d'équité. Il n'y en a pas un qui ne le soit pas; mais le contraire n'est pas vrai, que tout ce qui est équitable est un principe de droit.

Il n'y a pas une matière qui soit si pleine d'équité que le droit, car le rôle même du droit est de fixer en principes juridiques les principes d'équité. Faire descendre et traduire les formules supérieures d'un monde transcendantal, en formules de droit, pratiques, positives, dans un monde de réalités, voilà le rôle du droit. S'occuper spécialement d'équité, est la tâche de l'homme de morale, de sociologie.

Le droit a ses formules, ses principes de construction, sa technique qui doivent s'appliquer à tout principe juridique. Les idées de telle ou telle qualité qu'on veut introduire dans

le droit, doivent être construites avec cette technique, forgées par elle. Mais cette technique ne laisse pas entrer toutes les idées dans le monde juridique. Elles doivent s'accorder avec sa manière de voir.

En revenant à notre texte nous nous apercevons de l'embarras qu'il procure à nos adversaires et de l'exégèse erronée qu'ils lui donnent. La construction juridique d'après laquelle le tiers payant a les moyens de défense de son créancier désintéressé, est une cession d'actions que celui-ci accordait à ce tiers, à la suite de la convention qui intervenait entre eux. La constitution d'une nouvelle hypothèque concédée par le débiteur, est inconcevable ici. Il n'y a qu'une cession de droits hypothécaires et de ses actions faites par le créancier payé.

Une autre question peut être soulevée : l'action hypothécaire survit-elle à l'extinction de l'hypothèque? Nous avons démontré que l'action hypothécaire survit, D. 44. 2, 30. 1. D. 36. 1. 59 pr. nous n'y revenons plus.

128. — Nos adversaires disent qu'il n'y a qu'une cession du rang hypothécaire sans action; mais ce rang, nous avons déjà démontré et nous reviendrons là-dessus qu'il ne signifie rien au point de vue juridique. Qu'il en soit ainsi résulte d'une analyse attentive des situations. Supposons que le tiers prêteur, par exemple, qui désintéresse le premier créancier prenne le rang de celui-ci; il prend seulement le rang en vertu de l'équité et de la théorie défendue par nos adversaires. Il n'a pas d'action du chef du créancier désintéressé, car la théorie ne les lui donne pas. Un créancier postérieur arrivé à l'échéance, intente l'action hypothécaire contre le débiteur principal et poursuit son droit sur le bien. Si le premier créancier n'était pas payé, il lui répondrait par l'exception « *prior tempore potior jure* ». Le créancier premier ne compte plus, car il a été payé par le prêteur. Celui-ci n'ayant pas les actions

du premier créancier qu'il a payé ne pourra pas le repousser. Il lui dira qu'il a payé le premier créancier. Défendez-vous avec les actions du premier créancier! Il ne les a pas. Le prêteur peut lui répondre qu'il s'est fait constituer une hypothèque par le débiteur, au moment du paiement du premier créancier. Mais cette hypothèque ne peut pas être opposable au créancier postérieur car elle est ultérieure à la sienne.

Donc le prêteur a seulement le rang du premier créancier, il n'a ni les actions de celui-ci, car il n'y a pas de cession d'actions d'après la théorie actuelle, ni une hypothèque efficace qu'il se serait fait consentir par le débiteur, parce qu'elle serait ultérieure à celle du créancier postérieur qui le prime. Voilà notre créancier prêteur qui ne peut pas faire valoir ses droits, parce qu'il n'en a pas le moyen, d'après ce que nous enseigne la troisième théorie, qui le fait mettre en échec par le créancier postérieur. Cela est comparable au cas où vous donneriez à quelqu'un un verre dans lequel il n'y aurait pas d'eau pour étancher sa soif.

Devant cette situation embarrassante nos adversaires commencent à faire des concessions en compromettant ainsi leur théorie. Et Jourdan dit qu'il peut admettre une cession d'actions seulement en faveur du prêteur, mais non pas en faveur du tiers acheteur du bien hypothéqué. Il dit : « Voulez-vous l'expliquer par une cession fictive, très bien s'il s'agit d'un prêteur de deniers. Vous pourrez supposer que le créancier désintéressé lui a cédé sa créance. Mais voici un acheteur du fonds hypothéqué. Comment parler de cession fictive au profit de l'acheteur qui n'est pas créancier? »

Nous répondons à Jourdan qu'il n'y a pas une cession fictive de créance. Il y a simplement une cession d'actions du premier créancier payé dont le tiers a pris la place. Nous partons de cette idée que le rang hypothécaire d'une créance ne peut pas être cédé seul, car il est une qualité de la créance

et celle-ci étant éteinte il disparaît avec elle. Il ne peut être détaché de la créance avec laquelle il forme une situation indissoluble et il ne peut être cédé qu'avec la créance elle-même. En cédant la créance on cède aussi l'accessoire, l'hypothèque avec son rang. C'est la règle générale établie par les principes de droit. Mais la créance étant éteinte et l'hypothèque aussi, il reste encore quelque chose. Ce sont les actions qui garantissaient le rang du créancier payé, ces actions doivent être cédées à celui qui prend la place de ce créancier.

Toute la discussion porte dans la *successio in locum* sur l'acquisition de ces actions. Ni la créance, ni l'ancienne hypothèque, ni une hypothèque nouvelle, ne peuvent être cédées. Car les deux premières ont été éteintes par le paiement effectué par le tiers et une nouvelle hypothèque ne peut pas être constituée parce que le débiteur qui est le propriétaire de la chose est mis hors de cause par le fait que le paiement s'effectue malgré lui ! *invito debitore* » D. 20. 4. 12. 6.

129. — Les affirmations que nous venons de faire sont corroborées par des prescriptions positives de textes. Que lisons-nous dans ces textes? « *Creditor qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem* ». D. 20. 5. 13. Un créancier hypothécaire qui vend le bien hypothéqué doit céder en même temps son droit et s'il possède le bien il doit en faire la tradition.

Par conséquent le texte dit clairement qu'un tiers acheteur doit succéder aux droits de son vendeur, le créancier hypothécaire. Il n'a pas une hypothèque sur sa propre chose, comme nous l'avons déjà démontré car il en a la pleine propriété; mais il a en même temps les droits de son vendeur, c'est-à-dire les actions de l'hypothèque qui a été éteinte. Il a besoin de ces actions pour se défendre au cas échéant contre

des prétendants, car il se peut très bien qu'il ait acheté la chose du débiteur ou même du premier créancier alors que cette chose n'était pas la propriété du débiteur. D. 20. 5. 3. et 1.

La défense est garantie par les actions du premier créancier : « *si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveneret ad eosdem priores creditores in jus eorum succedisti et contra eos, qui infirmiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes* ». C. 8. 18. 3.

Le tiers qui avait désintéressé le premier créancier est garanti pour le remboursement de son argent par les droits, c'est-à-dire les actions, du créancier hypothécaire qui a été payé. Le texte ne parle pas du rang du créancier désintéressé, mais parle des actions, du *jus* de ce créancier. Il n'y a pas de doute qu'il ne peut s'agir d'autre chose.

D'autres textes nous confirment dans la même idée. Les jurisconsultes romains ont cherché à expliquer les différents principes de droit, par des applications pratiques où nous trouvons des réponses tout à fait dans notre sens. Scaevola nous parle d'un cas concret. Si un tiers possesseur paie la dette qui grève le bien, il a le droit de se faire céder les actions du créancier qu'il paie au lieu de délaisser le bien, pour se retourner contre les obligés principaux. « *Creditorum cum posset heredes convenire idoneos ad fundum venit. Quaero, an si ei justus possessor offerat, compellendus sit jus nominis cedere? Respondi posse videri non injustum postulare* ». D. 20. 4. 19. Le possesseur qui préfère payer le créancier, l'oblige en même temps, — « *compellendus sit* » nous dit le jurisconsulte — à céder sa créance « *jus nominis* ». Il ne s'agit pas simplement d'une cession d'actions, mais d'une cession de créance avec son accessoire, l'hypothèque, bien entendu. Le possesseur avait la faculté de demander à ce créancier ou la cession de sa créance ou bien seulement la

cession de ses actions. Il préfère la cession de la créance car elle attire après elle les actions aussi. Les actions seules lui auraient suffi pour garantir le remboursement de son argent.

Ici nous verrons aussi Jourdan qui est d'accord pour céder les actions au tiers qui désintéresse le créancier. Chose bizarre car lui qui n'admet pas une cession d'actions en cas de *successio in locum*, consacre un chapitre entier au bénéfice de cession d'actions en matière de *successio in locum* (1).

Il invoque en ce sens aussi le texte précité du D. 20. 5. 13. Il dit : « Le vendeur quel qu'il soit doit fournir à l'acheteur les moyens de se mettre en possession de la chose. A-t-il la chose sous la main ? rien de plus simple il la remet à l'acheteur. Dans le cas contraire il donnera ordre au détenteur de remettre la chose et cèdera au besoin son action hypothécaire ». Et à la page 534, il fait un rapprochement saisissant entre le créancier hypothécaire qui vend et le créancier qui cède sa créance, car il pense que tous les deux se trouvent dans la même situation. Mais il se trompe, car le texte du D. 20. 5. 13. ne parle pas d'une cession de créance. Il parle d'une cession des droits. Nous avons déjà vu que la créance a été éteinte ainsi que l'hypothèque par le paiement fait. Il ne reste après le paiement que les actions qui constituent pour le créancier le droit auquel le texte fait allusion, et qui doit être cédé au payant.

130. — Un autre cas de cession d'actions du créancier hypothécaire nous est présenté en cas d'éviction. Le créancier vendeur n'est pas responsable vis-à-vis de l'acheteur, car il a présenté la chose comme étant à son débiteur (2). D. 27. 9. 5. 3. La seule chose qu'il doit garantir c'est la non-existence d'hypo-

(1) Jourdan : *op. cit.*, p. 607.

(2) Nous avons reproduit ce texte au chapitre concernant l'acquisition du bien par un tiers.

thèques préférables à la sienne et il répond de son dol. Cet acquéreur se trouve dans une situation très délicate, car il n'a pas d'action pour se retourner contre le débiteur principal. Il n'a ni l'*actio mandati*, car il n'a pas reçu un mandat, ni l'*actio institoria* n'étant pas son proposé, ni l'*actio empti*, car les rapports d'*emptio-venditio* ne se sont pas passés entre eux. Il n'y a pas d'action d'éviction contre le débiteur. L'acheteur demande seulement la restitution du prix car nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Nous avons déjà dit que les jurisconsultes romains s'étant aperçu de l'inefficacité des droits accordés à l'acheteur, qui prend la place du créancier hypothécaire payé, — si on lui donnait seulement le rang dépourvu de toute action, comme le veut la théorie actuelle — ont abondé en solutions pour protéger le tiers acheteur.

Hermogénien lui donne une action utile D. 21. 2. 74. 1.

Ulpien lui accorde une cession d'actions du créancier payé. Le créancier hypothécaire qui vend le bien hypothéqué, n'est pas responsable de l'éviction lorsqu'il a présenté le bien comme étant à son débiteur, mais lorsqu'il vend en qualité de propriétaire, il est tenu de la garantie. De même lorsqu'il a convenu avec l'acheteur de répondre de l'éviction. Il est obligé de donner à son acheteur les actions qu'il avait contre le débiteur, car il a des actions personnelles aussi bien que l'action hypothécaire. Il doit céder toutes ses actions à son acheteur, nous dit Ulpien. « *In creditore qui pignus vendidit tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet habet autem contrariam pigneraticiam actionem et magis est ut praestet : cui enim non aequum videretur vel hoc saltem consequi emptorem quod sine dispendio creditorum futurum est* ». D. 21. 2. 38.

Il faut donc céder les actions que le créancier vendeur possède. Il résulte clairement de ce texte que le rang seul ne

peut pas suffire à l'acheteur, il a besoin de moyens plus forts des actions que son auteur avait.

Tryphoninus accorde à l'acheteur évincé une action utile qui n'est autre qu'une *negotiorum gestorum actio contraria* : « *debitor utili actione tenetur, ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat* » D. 20. 5. 12. 1.

Nous croyons que tous les jurisconsultes qui se sont occupés de la matière sont d'accord pour donner à l'acheteur des moyens de protection. Jourdan (1) est aussi d'avis qu'il y a lieu à un bénéfice de cession d'actions.

Pourquoi faut-il donner à l'acquéreur tant de garanties? Sans cette situation renforcée par la garantie de la cession d'actions que le vendeur possédait, personne n'acquerrait un bien dans de telles conditions et on arriverait à ne pas trouver d'acquéreur et à ne pouvoir faire l'application de la *successio in locum*, si nécessaire et si demandée par les exigences pratiques.

Cette raison nous est présentée par un ancien auteur, J.-C. Perez (2), qui estime qu'il y a une succession aux droits du créancier payé : « *alioquin creditor difficillime emptorem inveniret* ».

131. — Nous avons vu que le tiers qui désintéresse le créancier hypothécaire, acquiert ses droits, ses actions. Il acquiert l'action hypothécaire D. 21. 2. 38., le droit de vendre D. 20. 5. 5. pr., une hypothèque générale du chef du créancier payé, même lorsqu'il avait une hypothèque spéciale (3), il acquiert aussi le privilège attaché à l'hypothèque. « *Eorum ratio prior est creditorum quorum pecunia ad creditores privilegiarios parvenit* ». D. 42. 5. 24. 3. Il ne succède pas seu-

(1) Jourdan : *op. cit.*, p. 574.

(2) J.-C. Perez : *Commentaire du code*, livr. VIII, tit. 19, T. II.

(3) Beck : *Diss. de successione creditorum*, p. 6.

lement au rang hypothécaire, il a aussi l'avantage d'avoir une place privilégiée quoiqu'il n'eût qu'une créance sans privilège.

Seulement en considération de cet avantage que lui procure la place du créancier payé, le tiers accepte de faire un déboursement. Il peut avoir cet avantage par la personne du créancier payé car la loi le lui permet. D. 20. 3. 3.

La qualité de la créance payée, comme l'action hypothécaire elle-même D. 44. 2. 30., en a été détachée, pour se joindre à la créance du tiers payant.

Celui qui paie la créance du fisc obtient aussi une créance privilégiée que le fisc possède contre les débiteurs. « *Si prior res publica contraxit fundusque ei est obligatus, tibi secundo creditori offerendi pecuniam potestas est, ut succedas etiam in jus rei publicae* ». Cod. 8. 18. 4.

Le tiers acquiert le « *jus reipublicae* », il n'acquiert pas sa place vide, le texte n'emploie pas l'expression *in locum succedere* qui pourrait être embarrassante.

La même chose se passe avec un tiers qui paie un créancier hypothécaire qui avait fait des dépenses pour la conservation du bien, ce qui lui donne droit à une créance privilégiée qui passe à tout autre créancier. D. 20. 4. 5.

Faisons un raisonnement pour mettre en lumière les défauts de la troisième théorie si on l'applique dans ce cas.

Supposons que la dépense a été faite par le second créancier. Le troisième créancier exerce le *jus offerendi* contre Secundus et lui paie la créance hypothécaire qu'il avait, ainsi que la somme payée pour la conservation du bien. Dans cette situation le premier créancier vend le bien pour se faire payer de sa créance. Le troisième créancier devenu second, par le désintéressement qu'il avait fait, exerce contre lui le droit de lui payer la créance privilégiée qu'il avait acquise du chef du second créancier. S'il avait acquis seulement la place du second créancier, il n'aurait pu se défendre contre le premier,

car celui-ci est de droit avant lui « *prior tempore, potior jure* »; mais il avait acquis encore d'autres choses en même temps que la place : une action privilégiée, qu'il n'avait pas de son propre chef et par laquelle il peut voir sa situation renforcée contre le premier créancier.

132. — Un autre droit que le tiers peut avoir par la *successio in locum*, c'est l'action paulienne. L'affirmative nous est donnée par le D. 42. 8. 10. 1. « On ne peut révoquer les actes faits en fraude des créanciers que lorsque celle-ci s'est ensuivie, c'est-à-dire lorsque ce sont les créanciers mêmes qu'on a eu l'intention de frauder. Car, si le débiteur avait satisfait les créanciers en fraude desquels il a aliéné et qu'ensuite il ait eu de nouveaux créanciers il faut faire une distinction; si le débiteur, ayant simplement satisfait les créanciers, en fraude desquels il avait aliéné, s'est fait de nouveaux créanciers, la révocation n'a pas lieu; mais s'il a payé ses anciens créanciers des deniers qu'il a empruntés à de nouveaux créanciers, vis-à-vis desquels il n'a pas eu l'intention frauduleuse, Marcellus pense que la révocation aura lieu. Cette disposition est confirmée par des rescrits des empereurs Sévère et Caracalla et on s'y conforme dans l'usage ».

Quoique vis-à-vis des créanciers qui ont prêté pour désintéresser le créancier, le débiteur n'ait pas eu l'intention de fraude, « *quos fraudare noluit* », la révocation a lieu, parce que ces nouveaux créanciers avaient acquis ce droit des anciens créanciers payés, contre lesquels le débiteur avait eu l'intention de frauder. Pour qu'il y ait révocation, il faut que la fraude soit dirigée contre les créanciers mêmes. Ici la fraude n'a pas été dirigée contre les nouveaux créanciers et il y a pourtant révocation. Ce droit de révocation ils l'ont acquis des créanciers payés dont ils ont pris la place.

On comprend bien qu'il s'agit de droit « *jus* » que procure la *successio in locum* et pas seulement de place « *locum* ».

133. — Nous avons affirmé que parmi les droits qu'acquiert celui qui paie un créancier hypothécaire, un des principaux droits est surtout l'action hypothécaire. D. 21. 2. 38. Un autre texte nous l'affirme nettement : « *Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere, quod ei debetur, videndum est, un competat ei hipothecaria actio nolente priore creditore pecuniam accipere, et dicimus priori creditori inutilem esse actionem, cum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur* ». D. 20. 4. 11. 4.

Si le second créancier est prêt à payer au premier ce qui lui est dû — c'est-à-dire qu'il exerce le *jus offerendi* — la question se pose de savoir si on lui donne l'action hypothécaire, lorsque le premier créancier ne veut pas accepter le paiement. Nous disons, — c'est le jurisconsulte Gaius qui parle, — qu'à l'action hypothécaire est inutile au premier créancier, car il l'avait seulement pour qu'on lui verse l'argent.

Le problème posé par ce texte exprimé par les mots « *videndum est* » — il faut voir — est de savoir si ce transfert de l'action hypothécaire s'opère. Le jurisconsulte répond affirmativement, car le but pour lequel cette action est donnée, c'est l'obtention du paiement. Du moment qu'on a été payé, l'action devient inutile pour le créancier. Par le *jus offerendi* le premier créancier a été payé. L'action devient inutile. Elle passe à celui qui l'a payé.

Le second créancier qui a exercé le *jus offerendi* et qui prend le rang du premier créancier payé ne peut pas se défendre dans cette nouvelle place par sa propre action, car si les choses se passaient ainsi le problème posé par le jurisconsulte deviendrait inutile, sans explication, parce que ce

second créancier avait déjà une action hypothécaire. On ne comprendrait pas le but visé par le texte. D'ailleurs le texte latin l'exprime assez clairement. « *An competat* » signifie ici qu'elle revient à celui qui paie. « *Ei* » se réfère au second créancier, le sujet de la première proposition. « *Nolente priore creditore accipere* » est une proposition secondaire (ablatif absolu) qui signifie : lorsque le premier créancier ne veut pas accepter et est donc traduite par une proposition subordonnée de cause, de temps, etc... Ainsi, le sens du passage est celui-ci. Il lui revient, on lui accorde (au second créancier), l'action hypothécaire parce que le premier créancier ne veut pas accepter le paiement. Il résulte donc de ce texte que par la *successio in locum* on obtient l'action hypothécaire du créancier payé.

134. — La *successio in locum* procure aussi les actions personnelles du créancier payé, parmi les droits qu'on peut acquérir. Nous l'avons démontré pour quelques actions dans ce qui précède, mais il y a un texte qui a une portée générale pour toutes ces actions, « *In personalibus actionibus qui postea quidem contraxerunt, verum ut pecunia eorum ad priores creditores perveniat, in locum eorum succedunt* ». D. 42. 3. 2. « Dans les actions personnelles ceux qui ont contracté pour que leur argent parvienne aux premiers créanciers (pour rembourser les anciens créanciers), succèdent en leur place. » Pour mieux comprendre ce texte il faut prendre tout le contexte où il se trouve. Il se trouve dans le livre 21 *ad Edictum* d'Ulpien. Le fragment qui précède notre texte dans ce livre, est le suivant : « *Qui mortis causa donavit ipse ex poenitentia conductionem vel utilem actionem habet* (1) ».

Par conséquent celui qui a fait une donation *mortis causa*

(1) Lenel : *Palenginsia juris civilis*.

a une *condictio ex poenitentia* ou une action utile. Et le texte est suivi de notre texte, passé dans le Digeste : « Et ceux qui ont payé les premiers créanciers hypothécaires ont les actions personnelles de ceux qui ont été payés, ou ils succèdent dans leurs actions personnelles. »

A la condition d'avoir prévu la possibilité de payer les créanciers postérieurs, à savoir d'avoir fait une convention dans le sens de la disposition générale, Cod. 8. 18. 1., le créancier payant succède dans les actions et les droits du créancier payé.

Glück (1) nous dit qu'il entre immédiatement dans ces droits, comme si dès à présent le créancier payé avait cédé son hypothèque. Autrement on ne comprendrait pas quel serait le sens de la disposition d'Ulpian.

Du reste la même assertion nous est confirmée (2) par les Basiliques.

En faisant allusion aux droits acquis par le tiers payant, Glück dit : « Wen man ein mit Hypotheken behaftetes Grundstück vom Schuldner kauft so tritt man in das Pfandrecht derjenigen Gläubiger die von dem Kaufgelde befriediget worden sind, auch ohne dass es deshalb eines weitem Vertrags mit dem Schuldner, oder einer besonderen Cession bedarf, schon von selbst ein, und kann sich dann gegen alle, die mit ihnen gleiche oder schwächere Rechte haben schützen ».

Il s'appuie sur D. 20. 4. 17., D. 20. 5. 3. 1. Donc Glück dit d'une manière générale que celui qui paie le créancier hypothé-

(1) Glück : *op. cit.*, p. 35.

(2) *Basiliques*, Livre IX, titre 5, Const. 2. Mühlenbruck: *Cession*, par. 45.

caire succède à tous ses droits (1). La situation du créancier payant doit être renforcée dans la même mesure que celle du créancier payé. Il doit avoir les mêmes actions, donc aussi les actions personnelles, comme le texte du D. 42. 3. 2. nous le dit. Les avantages et les désavantages de la place qu'il prend doivent passer aux *succedens*. Les Romains se sont très bien et très clairement expliqués sur ce sujet. « *Invitus nemo rem cogitur defendere. Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit. Cum quis in alii locum successerit, non est aequum ei necere hoc, quod adversus eum non nocuit, in cujus locum successit. Plerumque emptoris causa esse debet circa petendum ac defendendum, quae fuit auctoris* ». D. 50. 17. 156.

La paraphrase de ce texte est qu'il n'est pas équitable que ce qui n'est pas nuisible à l'auteur d'un droit soit nuisible à celui qui succède en sa place. Assez souvent l'acheteur doit avoir la même situation comme défenseur ou comme demandeur que son *auctor*, le vendeur.

En face de ces textes clairs qui expliquent très bien la situation de celui qui exerce la *successio in locum*, il n'y a pas à hésiter et à affirmer que la *successio in locum* procure seulement le rang hypothécaire, comme le croient les partisans de la théorie actuelle.

135. — D'autres textes nous apportent les mêmes explications. Celui qui paie le tribut pour une terre qu'il tient de l'Etat et qui était engagée à plusieurs autres, a le droit de se faire céder toutes les actions que l'Etat avait contre ses tributaires pour pouvoir se retourner contre ceux pour lesquels il a payé, car le paiement qu'il a fait a été considéré comme le prix des créances que l'Etat avait contre les détenteurs de la

(1) Bachovius : *De pignoribus et hypotheca*, p. 340. Haubold : *Diss. de jure offerendi*, p. 601 et suiv.

terre. D. 50. 15. 5. pr. « *Nec inutiliter actiones praestantur, tametsi fiscus pecuniam suam recipiavit, quia nominum venditorum pretium videtur* ». La succession qui se produit en la personne de celui qui paie, lui donne droit aux actions de celui qui a été payé.

136. — De toute l'explication que nous venons de donner, il résulte que la situation de celui qui exerce la *successio in locum* et celle des fidejusseurs serait presque identique. En effet, les textes ne font pas de différence quant à leurs droits en matière de cession d'actions. « *Si secundus creditor vel fidejussor soluta pecunia pignora susceperint, recte eis offertur, quamvis emptionis titulo ea tenuerunt* » D. 20. 5. 5. 1.

Il est hors de doute que le fidéjusseur a droit au bénéfice de cession d'actions. Ici, le texte assimile le second créancier au fidéjusseur. Le texte dit « *Secundus creditor vel fidejussor* », le second créancier ou le fidéjusseur. La conjonction « *vel* » lie deux mots identiques au point de vue grammatical. Par conséquent au point de vue juridique Marcien place sur le même terrain le second créancier et le fidéjusseur. Or le fidéjusseur a droit au bénéfice de cession d'actions, comme le second créancier qui use de la *successio in locum*.

Cette assimilation se trouve encore dans d'autres textes. D. 50. 17. 42. Mais l'autorité de ces textes a pour notre thèse une signification de plus. Nos adversaires, ainsi que nous l'avons vu, soutiennent leur théorie d'après laquelle il n'y a en cas de *successio in locum* qu'une succession au rang, en s'appuyant sur l'expression employée par les textes « *succedere in locum* ».

Du moment que cette expression est employée aussi pour les fidéjusseurs, pour lesquels il n'y a pas de doute quant à leur droit au bénéfice d'actions, il résulte que cette expression n'a pas le sens donné par nos adversaires. *Successio in locum*

signifie *successio in jus*, *successio in jus* signifie succession aux actions : « *Quid enim aliud est in jus et locum creditori succedere, quam eadem et personalis et realis actionis jura retinere* », nous dit A. Favre dans sa définition III Tit. IX de son Code.

D'autre part, un autre argument peut être tiré dans le même sens du fait qu'on parle des fidéjusseurs dans le titre de la *successio in locum*. Cela veut dire qu'il y a une assimilation entre eux, comme nous l'avons vu dans le texte précédent.

137. — Dans le titre concernant la *successio in locum* nous avons vu qu'on emploie aussi l'expression *succedere in jus* que nous avons expliquée par une succession aux actions. Cette affirmation nous est confirmée aussi par d'autres textes. « *Qui in jus dominiumque alterius succedit, jure ejus uti debet* ». D. 50. 17. 177. Celui qui succède au droit et au bien de quelqu'un doit user de ce droit.

Donc, succéder au droit de quelqu'un signifie faire usage de ce droit. Or, comment peut-on faire usage d'un droit sinon par les actions qui sont les moyens de réaliser les droits? Les Romains étaient plus clairs que nous le croyons dans leurs idées quoique très stricts. Les défenseurs de la théorie actuelle ont évité systématiquement de s'expliquer sur l'expression *succedere in jus*. Il n'y a aucune explication dans toute leur théorie là-dessus. Ils se sont emparés simplement de l'expression *succedere in locum* et lui ont donné le sens restrictif de succession seulement au rang. S'ils avaient approfondi la discussion nous sommes sûrs qu'ils auraient été obligés de changer d'avis, car les textes nous présentent des explications suffisantes et abondantes.

138. — Nous poursuivrons l'étude sur l'assimilation que les textes font entre les fidéjusseurs et celui qui exerce la

successio in locum. Le mécanisme juridique par lequel on est arrivé à accorder une cession d'actions au fidéjusseur a été de considérer son paiement comme une vente, de même que pour la cession d'une créance (1).

Le paiement fait par un créancier hypothécaire à un autre est aussi considéré comme une vente. « *Si convenerit, ut pro hypotheca fidejussor daretur, et datus sit, satisfactum videtur, ut hypotheca liberetur, aliud est si jus obligationis venderit creditor et pecuniam acceperit : tunc enim manent omnes obligationes integrae, quia pretium loco id accipitur, non solutionis nomine* ». D. 20. 6. 5. 2. « Si on convient de donner un fidéjusseur à la place de l'hypothèque et qu'on l'a donné, le créancier est payé et l'hypothèque est libérée. Mais si le créancier vend son droit, les obligations restent entières, car il a reçu l'argent comme prix de son droit et non comme un paiement. » La même idée au D. 50. 15. 5. pr., texte que nous avons analysé plus haut.

Voilà une assimilation parfaite entre le fidéjusseur et le créancier hypothécaire qui vend son droit. Ici comme là, le paiement est considéré comme le prix de la créance. Etant donné le même mécanisme juridique, tous les deux doivent se trouver placés dans la même situation juridique, c'est-à-dire que tous les deux ont droit à une cession d'actions. Accarias (2) nous dit qu'il s'agit d'une cession d'actions. Il dit : « Sauf convention contraire par une novation l'hypothèque disparaît. Mais je ne citerai pas comme application de la même idée l'hypothèse d'une cession d'actions. Les Romains en effet, réputent un créancier recevoir, non pas un paiement, mais plutôt le prix de sa créance et des accessoires, de sorte qu'il n'y a pas véritablement survie de l'hypothèque au droit principal. D. 20. 6. 5. 2. Dans le même sens MM. Collinet et

(1) Collinet et Giffard : *op. cit.*, T. II, p. 238, en note 1.

(2) Accarias : *op. cit.*, T. I, p. 750.

Giffard (1). De toute cette démonstration et analyse de textes que nous avons faite, il résulte que la *successio in locum* ne procure pas seulement un rang hypothécaire. Après avoir réfuté les arguments des défenseurs de la troisième théorie nous avons mis en lumière d'autres textes qui parlent en faveur de notre thèse.

139. — Nous avons essayé de démontrer que la *successio in locum* signifie la succession à tous les droits du créancier payé, à toutes ses actions. Cette institution n'aurait pas de raison d'être fondée, si on n'avait donné la possibilité d'obtenir par elle ces droits. Elle a été créée justement pour rendre l'hypothèque plus souple, à une époque florissante du droit romain à l'époque classique, par des esprits avertis qui ont construit le droit romain sur lequel repose encore notre droit moderne. Ils ne pouvaient pas restreindre son application dans un cadre si étroit.

Les créanciers postérieurs avaient des droits hypothécaires, mais leur exercice étaient en fonction du premier créancier qui les possédait entièrement.

Il fallait désintéresser celui-ci pour prendre le plein exercice de ses droits. La *successio in locum* est venue pour donner cette efficacité. Par son exercice les créanciers postérieurs obtiennent le droit absolu de vendre (D. 20. 5. 5. pr.), l'action hypothécaire du créancier payé (D. 21. 2. 38., D. 20. 4. 11. 4.), parce qu'elle survit au paiement (D. 44. 2. 30. 1.), l'action paulienne (D. 42. 8. 10. 1.), les privilèges attachés à l'hypothèque (D. 42. 5. 24. 3.), (code 8. 18. 4.) et toutes les autres actions personnelles (D. 42. 3. 2. 2.), car nous sommes en présence d'une cession d'actions d'un créancier payé (D. 20. 6. 5. 2., D. 50. 15. 5. pr.).

(1) Collinet et Giffard : *op. cit.*, T. II, p. 254.

DEUXIEME CHAPITRE

L'ESPRIT GÉNÉRAL DU DROIT ROMAIN

140. Le bénéfice de cession d'actions doit profiter à celui qui exerce la *successio in locum* comme au fidejusseur. — 141. Le but visé par la création de la *successio in locum*. — 142. Le manque d'une technique juridique développée chez les Romains. — 143. Considérations logiques. — 144. On ne peut pas nous accuser de modernisme. — 145. Conclusion du chapitre.

140. — Après cette étude de textes et des espèces pratiques que nous venons d'indiquer, pour faire la démonstration que la *successio in locum* procure toutes les actions et moyens de défense du créancier hypothécaire payé, nous passerons à un autre ordre d'arguments que le caractère du droit romain nous présente.

On accorde le bénéfice de cession d'actions à celui qui est obligé avec un autre ou pour un autre. On trouve qu'il est juste de lui accorder le bénéfice de cession d'actions pour se faire rembourser de son argent, en se retournant par les actions obtenues contre le débiteur principal.

En cas de *successio in locum creditoris* les tiers qui interviennent, ne sont pas obligés de payer pour un autre ou avec un autre. Ce sont des personnes qui ont voulu améliorer la situation du débiteur ou lui rendre un service. Nous trouvons qu'il est plus raisonnable logiquement de leur accorder le

bénéfice de cession d'actions, car ils ont rendu un service au débiteur et les Romains étaient très stricts pour protéger les actes de cette nature.

Ils devaient être renforcés afin d'éviter une perte pour celui qui avait rendu service. Le droit romain leur donnait cette possibilité car ils succédaient au *jus*, aux droits, du créancier payé. Quel serait le créancier qui se contenterait de sûretés moins fortes et qui ne se soucierait pas de fortifier davantage sa sécurité, quand il aurait la possibilité de le faire, comme nous l'avons vu, par une convention? Certainement il se contenterait de la succession au rang hypothécaire, mais il ne refuserait jamais d'autres actions que le droit peut lui offrir, car la situation du débiteur principal n'est pas du tout changée.

Si cet argument de logique n'est pas suffisant, nous proposons un argument de technique juridique.

Nous savons que le mécanisme juridique par lequel on est arrivé à la cession de créances et au bénéfice de cession d'actions, a été de considérer le paiement effectué comme une vente. L'assimilation que nous avons trouvée dans les textes entre le fidéjusseur et celui qui exerce la *successio in locum* D. 20. 6. 5. 2. — D. 50. 17. 42. — D. 20. 5. 5. 1. — D. 50. 15. 5. pr., nous oblige à considérer que le même mécanisme juridique était imaginé en cas de *successio in locum*. Le paiement fait dans la *successio in locum* est considéré comme le prix de la créance payée, donc comme une vente. Dans ces conditions le bénéfice de cession d'actions doit fonctionner aussi dans notre institution.

141. — La vérité c'est que la seule raison de la création de la *successio in locum*, fut de protéger les créanciers hypothécaires postérieurs en rang, en face de la situation si forte du premier créancier. Si on ne veut pas accorder à la *successio in*

locum les bénéfices dont le créancier payé jouissait, on lui enlèvera toute efficacité. Le but de la création de la *successio in locum* a été de pouvoir l'exercer sans s'exposer à un préjudice. Le rang hypothécaire par lui-même ne signifie rien au point de vue juridique, si on ne le protège pas par des actions, car il est une situation juridique, et comme telle, il faut lui accorder des actions pour le rendre efficace juridiquement.

Sans lui donner des actions, il ne peut être qu'un état de fait qui ne peut pas intéresser le droit. Le régime hypothécaire si intéressant dans les rapports économiques et qui était en pleine formation, devait prendre une allure plus souple, pour rendre le crédit plus facile. Le bénéfice de cession d'actions était une institution qui facilitait le crédit et la sécurité des obligations. Il ne pouvait pas être éliminé et rester sans application dans notre institution de la *successio in locum*, surtout qu'il ne changeait rien aux rapports du débiteur principal et des autres créanciers.

142. — Les Romains n'ont pas déterminé la nature juridique de la *successio in locum* de peur de bouleverser le droit qui était en application. Ils ne pouvaient pas prévoir tous les cas qui se présenteraient dans la vie pratique, car il fallait rencontrer des espèces pour déterminer le caractère juridique. Ils ont visé seulement la protection des créanciers postérieurs. Ils n'ont pas voulu voir plus loin; mais par une analyse attentive des textes, la nature juridique ressort clairement. Il leur manquait le mécanisme d'une technique juridique pour transporter une institution d'un domaine à l'autre. La technique juridique se forme après une longue expérience du droit et les temps modernes luttent encore difficilement avec les constructions juridiques. Comment pouvait-on parler d'une technique juridique parfaite à une époque si jeune du droit?

Les Romains se sont contentés seulement d'annoncer le principe à suivre, sans se préoccuper de deviner comment ce principe s'encadrerait dans le droit actuel.

Assez souvent ils ont créé deux institutions pour arriver au même résultat (*jussus* et mandat). Il leur manquait une vue d'ensemble du droit en pleine formation.

143. — Donc, la *successio in locum* n'a pas une nature juridique différente de celle du bénéfice de cession d'actions. Elle est simplement une application du bénéfice de cession d'actions, dans une matière spéciale, l'hypothèque, ce qui ne change en rien sa nature juridique.

En quoi a-t-on changé la nature juridique de l'hypothèque elle-même, après avoir parcouru tant de siècles? En rien. Qu'est-ce qui peut nous surprendre dans l'hypothèque moderne? Que les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque, le principe de la spécialité, la publicité? Toutes ces prescriptions sont d'une grande importance pratique, mais toutes sont des moyens de procédure qui ne touchent pas à la nature juridique de l'hypothèque.

De même, on dit toujours aujourd'hui qu'il y a une grande différence entre un contrat de droit civil et un contrat de droit public. Au fond, il n'y a aucune différence. La seule différence qui peut exister c'est que l'un est fait entre particuliers et l'autre par l'autorité publique. Cela n'a rien à voir avec la nature intime du contrat qui contient toujours les mêmes éléments. Le fait que le contrat public est accompli par l'autorité publique est une circonstance incidente qui est en dehors de sa nature juridique.

C'est comme si on disait que César, Hannibal, Alexandre n'ont pas été de grands généraux parce qu'ils ne connaissaient pas la perfection des armes militaires modernes. Les formes

extérieures, les circonstances de la vie, la procédure, les domaines d'application, peuvent changer d'une époque à l'autre, tandis que les traits essentiels, le fond, restent toujours les mêmes.

Il y a quelque chose d'éternel, de fixe, dans les institutions juridiques qui traversent les siècles. Ainsi nous possédons aujourd'hui tout notre droit moderne construit d'après les institutions du droit romain créées depuis deux mille ans.

144. — On peut nous reprocher de regarder la *successio in locum* dans un prisme trop moderne, parce qu'aujourd'hui il nous semble très naturel de considérer que celui qui paie un créancier hypothécaire a droit à une subrogation dans ses droits. Nous sommes plus classiques que le laisserait croire notre exposé. Ce serait reprocher en même temps aux Romains qu'ils manquaient de logique, car nous avons démontré, textes en main, qu'ils admettaient une succession aux actions, ainsi que nous l'avons vu en reproduisant tous ces textes de l'époque classique et de l'époque de Justinien. La seule expression *successio in jus*, suffirait à montrer qu'il y avait une succession aux droits, mais nous avons relevé d'autre part, tous les textes où il y a une cession d'actions hypothécaires, d'actions personnelles et de tous les autres droits attachés au rang hypothécaire. On affirme aussi qu'il n'y avait pas un système de publicité de l'hypothèque à Rome. L'Empereur Léon, en 472, est intervenu pour réglementer cette publicité. Il y avait donc, en fait, une publicité quelconque puisqu'il est intervenu.

Il n'y avait pas une publicité organisée par l'autorité publique, mais les coutumes, les conventions spéciales entre parties, offraient aux contractants des moyens de publicité.

Moyens imparfaits, peut-être, mais nous estimons qu'ils existaient.

145. — Nous résumons notre théorie : Nous croyons que pour les raisons indiquées ci-dessus, en cas de *successio in locum*, il n'y a pas seulement une succession au rang hypothécaire, comme l'enseigne la théorie actuelle, mais aussi aux autres actions du créancier payé.

Une telle solution a l'avantage de ne pas introduire la diversité dans une matière qui nous paraît une, à tant d'autres égards. Ainsi Cicéron nous dit : « *Jurisconsulti saepe quod in una cognitione, in infinita dispersiuntur* ». De legibus 2. 19.

Il nous reste maintenant à voir comment la *successio in locum* a été jugée par les siècles suivants, car c'est par les principes de l'histoire que nous pouvons étudier et mieux comprendre les institutions de quelque nature qu'elles soient.

Quatrième Partie

Exposé Historique

EXPOSE HISTORIQUE

146. Considérations sur la méthode historique. — 147. Analyse des textes du code de Théodose. — 148. Lex romana Wisigothorum et Burgundiorum. — 149. Analyse des Basiliques. — 150. Exceptiones Petri, Summa Codicis et Lo Codi. — 151. Analyse des textes des glossateurs. — Accursius. — 152. De Cynus. — 153. De Placentinus. — 154. Analyse des commentaires de Bartolus de Saxoferato. — 155. De Baldus de Ubaldi Peresinus. — 156. De Dumoulin. — 157. De Cujas. — 158. De A. Negustanius. — 159. De Francus Balduinus. — 160. De H. Donellus. — 161. De A. Faber. — 162. De Gothofredus Dionysios. — 163. De Reinhardus Bachovius. — 164. De Ch. Loyseau. — 165. De Renusson. — 166. De Basnage. — 167. De Brodeau. — 168. De Domat. — 169. De Pothier. — 170. Différence entre les commentateurs et les Civilistes. — 171. Trois périodes. — Caractères de la première période. — 172. Caractère de la deuxième période. — 173. Caractère de la troisième période.

146. — Nous nous sommes proposés de consacrer une partie de notre étude sur la *successio in locum*, à un exposé historique dans le désir de voir quelle lumière elle pourrait jeter sur notre problème.

Nous faisons appel à ces renseignements pour nous apprendre des questions juridiques que les siècles modernes ont mal expliquées, parce qu'ils se sont passés de ces renseignements. Nul n'est plus qualifié pour nous éclairer en problèmes juridiques, que cette histoire où les anciens auteurs ont étudié les textes romains avec une minutie et une documentation, dignes de la plus grande admiration. Ils ne possédaient pas les moyens d'investigation des questions de droit, comme les

modernes, mais ils possédaient un bon sens juridique, une ténacité et une perspicacité qui font que leurs travaux resteront des chefs-d'œuvre très précieux pour l'enseignement du droit et surtout du droit romain. Ils étaient plus près de sources primitives, ils avaient, mieux que nous, la possibilité de comprendre les anciennes institutions romaines. Quand nous ne pouvons pas résoudre un problème de droit, c'est à eux qu'il faut faire appel, car les siècles passés sont pleins de leurs travaux d'une importance capitale. Lorsque le xix^e siècle a pris la méthode historique comme moyens d'étude du droit romain, grand nombre de problèmes juridiques ont été mis au point.

La meilleure reconstitution qu'on puisse faire de la *successio in locum* doit se tirer de l'histoire du droit qui suit Justinien, car cette institution, comme nous l'avons démontré, est une création du droit classique.

C'est à ce droit classique que nous revenons toujours dans notre étude — la *successio in locum* étant une de ses créations — droit que nous trouvons presque complet dans le Digeste de Justinien, qui a été minutieusement étudié et commenté par les anciens auteurs.

147. — Après l'époque classique, jusqu'à Justinien, il y a une période de transition, où la science juridique romaine est représentée par les codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien. Le code de Théodose, rédigé par Théodose II le Jeune, qui régna de 408 à 450, contient les constitutions impériales de l'an 312 à 438. L'hypothèque est passée, presque sous silence. Nous ne trouvons que quelques constitutions dispersées qui ne portent pas, d'ailleurs, sur la *successio in locum*. Peut-être que les relations contractuelles n'entraînaient que peu l'usage de l'hypothèque qui ne réclamait pas une réglementation nouvelle.

Par conséquent nous ne possédons pas de sources nouvelles ou d'autres contributions législatives pour la réglementation de l'hypothèque après l'époque classique. Donc, l'hypothèque ainsi que la *successio in locum*, restent comme une création propre des jurisconsultes classiques, qui a été introduite aussi dans la législation byzantine de Justinien, dans son Code et son Digeste. Cette législation de Justinien n'a fait que de reproduire les textes de l'époque classique sur l'hypothèque, sans rien apporter de nouveau. La matière de l'hypothèque n'a pas été changée à cette époque, comme nous l'avons démontré dans l'exposé dogmatique que nous venons de faire.

148. — Nous poursuivons notre étude historique en passant sur l'époque de Justinien que nous connaissons, pour arriver à l'époque barbare.

Le droit romain est resté, après l'invasion barbare, la loi des populations gallo-romaines par application du grand principe de la personnalité des lois. Ainsi donc, toute cette législation continue à s'appliquer, même une fois l'invasion accomplie, à la plus grande partie des habitants de la Gaule. Pourtant, pour remédier à la confusion où les apports des constitutions impériales successives, où les indécisions de la pratique, ont jeté les populations, les rois barbares ont rédigé pour la commodité de leurs sujets gallo-romains, des compilations qui se sont substituées aux anciens textes provenant des empereurs, qui leur servaient de base. Il y eut ainsi de très bonne heure dans l'Empire franc, deux recueils : le premier, c'est la *Lex Romana Wisigothorum*, rédigé en l'an 506 par Alaric II et il porte aussi le nom de Bréviaire d'Alaric. Le deuxième, c'est la *Lex Romana Burgundiorum*, rédigé vers l'an 500 par le roi Gondebaud.

La *Lex Romana Wisigothorum* (1) a été publiée par Hänel (Haenel) en 1849. Dans cette compilation, nous trouvons reproduits des textes antérieurs à Justinien, pour la plupart des codes de Théodose, de Grégorien et d'Hermogénien, de même qu'intégralement les Sentences de Paul.

Si nous cherchons dans ce recueil la matière concernant l'hypothèque, nous trouverons reproduites en totalité les deux constitutions que nous avons vues, au livre II, tit. XXX, du code de Theodose dans le même livre II et le même titre XXX du recueil.

Il n'y a rien à ajouter, car les textes ne portent pas sur la *successio in locum*.

Dans la *Lex Romana Burgundiorum*, les textes sont aussi muets sur l'hypothèque. Cette compilation a été publiée dans les *Monumenta Germaniae* (2). Dans le *liber legum Gundebati*, tome III, nous trouvons le chapitre XIX intitulé : *De oblatis pignoribus et fidejussoribus*, qui ne s'occupe pas de notre matière. Dans le *liber legum Papiani*, aussi tome III, on trouve un chapitre XIV, avec le même titre que celui de Gundebatus, et qui n'apporte aucune lumière nouvelle sur la *successio in locum*.

Voilà le point où en est la population barbare sur les dispositions concernant l'hypothèque. Son usage n'est pas courant. On emploie à peine l'expression *pignus* ou hypothèque. Peut-être que dans l'instabilité où l'on vivait à cette époque, ces populations barbares ne se souciaient pas beaucoup des garanties des obligations.

149. — Aux Basiliques, nous trouvons beaucoup d'explications sur l'hypothèque et sur la *successio in locum*.

(1) *Lex Romana Wisigothorum*. Ed. par Gustavus Haenel. Lipsiae 1849.

(2) *Monumenta Germaniae*. T. III, Edit. P. Pertz.

« Καλῶς ὁ τρίτος δανειστής συνχωρεῖ παραθῆναι τὸ ἴδιον ἐνέχυρον, ἐφ' ᾧ τῷ πρώτῳ καταβληθῆναι καὶ τὸν τόπον αὐτοῦ εἰς ἄλλο ἐνέχυρον ὑπὲρ εἰσθῆν. καὶ παντελῶς ὁ δεύτερος οὐχ ἔχει δίκαιον, εἰ μὴ προσαγαγεῖν τῷ πρώτῳ καὶ ὑπὲρ εἰσθῆν τα δίκαια αὐτοῦ. »

Liv. XXV, tit. V, c. 10, § 9 (Heimbach, t. III, p. 81).

La traduction latine : *Tertius creditor recte permittit pignus suum distrahi ad hoc, ut priori pecuniam solvatur et in illud pignus priori succedit. Et omnino secundus nihil aliud juris habet, nisi ut pecuniam offerat priori et in jura ejus succedit.*

Ce paragraphe des Basiliques correspond au Digeste 20. 4. 12.

Il faut remarquer que l'expression : « *in locum ejus succedat* du Digeste, est remplacée par l'expression :

καὶ ὑπὲρ εἰσθῆν τὰ δίκαια αὐτοῦ,

} *et in jura ejus succedit* ».

Les mots : *in locum*, sont remplacés par

« τὰ δίκαια »

qui signifient « *droits* ».

Loi XVII. « Ὁ δίκαιως νεμόμενος τὸ ἐνέχυρον ἐὰν ἐναχθεῖς προσφέρῃ τι χρέος, καλῶς ἀναγκάζει τὸν δανειστήν ἐκχωρῆσαι αὐτῷ τὰς ἀγωγὰς. »

« *Qui juste pignus possidet si conventus offerat, creditorem recte compellit, ut sibi cedat actionibus* ».

Texte correspondant au Digeste 20. 4. 19.

L'expression *compellendus sit jus nominis cedere*, a été remplacée par l'expression :

ἐκχωρῆσαι αὐτῷ τὰς ἀγωγὰς :

ut sibi cedat actionibus.

Dans la loi 23 du même livre, on nous montre que celui qui a acheté du premier créancier ne peut pas être inquiété, car il a ses actions. « *Itaque qui a priore emit, a posteriore ejus gratia non inquietabitur* ».

Id. tit. VII, p. 13. Ὁ δανειστής παλῶν τὸ ἴδιον δίκαιον ἐκχωρεῖ αὐτό. εἰ δὲ καὶ νέμεται τὸ ἐνέχυρον, παραδίδωσι τὴν νομῆν αὐτοῦ.

« *Creditor qui jus suum vendit, cedit eo. Sed et si pignus possidet possessionem ejus tradit* ».

Texte correspondant du Digeste 20. 5. 13.

Id. livre tit. 4, l. 3. Celui qui prête de l'argent ne succède pas à la place du créancier payé, sans avoir fait un pacte. « *Qui mutuum pecuniam dat prioris creditoris dimittendi gratia, in locum ejus non succedit nisi pactus sit, ut pignus sibi obligatur* ».

Mais s'il y a un pacte, il succède à ses droits. « *Si prior creditor pactus sit... jus prioris creditoris in eum transit* :

καὶ τὰ δίκαια τοῦ πρώτου περιέλθῃ εἰς αὐτόν.

De tout ceci, il résulte que la *successio in locum* n'était pas considérée par les Basiliques, comme une succession seulement au rang hypothécaire, mais comme une succession aux droits hypothécaires et précisément aux actions du créancier désintéressé.

150. — Après les Basiliques et un peu avant la renaissance du droit romain, nous possédons trois ouvrages. C'est en effet au début du xii^e siècle que s'est produit, en Italie d'abord, la renaissance du droit romain, par l'étude des compilations de Justinien. Cette étude n'avait certainement pas disparu, mais

elle avait été tellement négligée dans toutes les régions, même méridionale (1), qu'il n'en était plus vraiment question.

Le premier ouvrage est intitulé : « *Exceptiones Petri* », et date de la fin du XI^e siècle. Il fut répandu notamment dans le Sud-Est de la France. Ces *Exceptiones Petri* ont été publiées par Savigny (2) en appendice, à son Histoire du droit romain au moyen âge (tome II, édition allemande, appendice 1^{er}).

Dans le deuxième livre de cet ouvrage, nous trouvons quinze chapitres relatifs à l'hypothèque. Il n'y a rien qui se rapporte à la *successio in locum*.

Maintenant franchissons à peine un siècle et arrivons à la *Summa Codicis* qui s'appelle aussi *Summa trecensis*, parce qu'elle a été découverte à la fin du XIX^e siècle dans un manuscrit de la Bibliothèque de Troyes. Elle a été publiée par Fitting (3) en 1894.

Dans le livre VIII, intitulé : *De Pignoribus* au titre XIII, il y a 18 titres qui parlent de l'hypothèque.

De tous ces titres, les titres 18 et 19 parlent de notre institution de la *successio in locum*. Titre 18. « *Permissum quidem est ut quis in locum prioris creditoris succedere possit. Si enim tua pecunia prior creditor dimissus est, in locum eius succedis, et hoc ita, siue cum debitori pecuniam crederes hoc pactus es ut locum prioris obtineas cui ex tua pecunia solutum est, siue ipsi creditori pecuniam soluti sub eadem conditione ut in te ius suum transferat, et ideo in locum eius succesisti per omnia, etiam si aliud actum est : forte si prior de uendendo pignore conuenit, etiam si posterior in contrarium agit, tamen ex persona prioris uendere ei permittitur.* »

(1) Meynial : *Histoire du droit privé*. Cours professé à la Faculté de droit de Paris pendant l'année 1930-1931.

(2) Fr. C. Savigny : *Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter*. T. II, ap. I.

(3) Fitting H.-H. : *Summa Codicis*. Berlin 1894.

Titre 19. — « *Potiori seu antiquiori permittitur uendere pignus, et ideo, siue principaliter potior sis siue, per cessionem in te factam uendere potes. quare causa posterioris creditoris perempta uendere ea non prohiberis, nisi secundus offerre paratus sit quod tibi debetur : offerendo enim priori debitum et retentio eius si possidet et uendicatio eius priore possidente ei datur.* »

De ces textes, il résulte qu'à l'époque à laquelle nous sommes, la *successio in locum* procurait à celui qui l'exerçait tous les droits du créancier payé : « *in te ius suum transferat* » et plus loin on dit : « *successisti per omnia* », c'est-à-dire succéder à tous les droits. D'ailleurs nous trouvons exposées toutes les conditions nécessaires pour l'exercice de la *successio in locum* : faire un pacte pour transférer les droits du créancier payé, indiquer la destination de l'argent, l'acquisition des droits du créancier, même de ceux que le payant n'avait pas de son propre chef et enfin les conditions de l'exercice du *jus offerendi*.

Nous n'insistons pas sur l'explication de ces textes car ils sont très clairs.

Nous passons à l'autre ouvrage, *Lo Codi* qui tire son nom de ce qu'il a été primitivement rédigé dans un des dialectes du Midi, probablement en provençal. Il date de la même époque que la *Summa Codicis*, de 1150 et il offre cette différence avec celle-là, qu'il est manifestement plus directement en rapport avec la pratique (1).

Il a été rédigé en provençal puis traduit en catalan, en castillan et en latin. C'est même cette traduction en latin, de Ricardus Pisanus que nous possédons seule aujourd'hui, publiée par Fitting (2), en 1906 à Halle.

Si on se reporte à cet ouvrage, on trouvera au livre VIII, tit. XI quinze titres relatifs à l'hypothèque.

(1) Meynial : *op. cit.*

(2) Fitting H.-H. : *Lo Codi*, Halle 1906.

Le seul titre qui nous intéresse est le titre 21, car il parle de la *successio in locum*. Il dit : « *Si aliquis homo debet tibi denarios uel aliud auere, et tu habes aliquam rem in pignore, et illud debitum pro quo tu habes pignus erit tibi pagatum de nummis meis uel de alio meo auere : illud pignus est liberatum a te, et ego de cuius auere tu es pagatus succedam in tuo loco, hoc est ego habebō in illo pignore illam diricturam quam tu habebas ante, si ego faci talem conuencionem cum debitore qui pagauit te de nummis meis, quando ego credidi sibi illam pecuniam, quod ego haberem illam diricturam in pignore quam tu habebas, et non alio modo. Eadem dirictura est, quamuis ego non credidissem pecuniam debitori set ego pagauit tibi uel alii tua voluntate et fuit talis conuencio inter me et te quando pagauit tibi pecuniam, quod ego haberem illam diricturam in pignore quam tu habebas : alio modo non habeo ibi diricturam* ».

On voit bien que nous trouvons les mêmes affirmations que dans la *Summa Codicis*. La *Successio in locum* signifie la succession à tous les droits du créancier payé. Même le texte explique ce que veut dire *successio in locum* : « *hoc est ego habebō in illo pignore illam diricturam quam tu habebas ante* ». Pour cela il fallait faire une convention : « *si ego faci talem conuencionem* ». Le texte répète toujours cette condition qui est essentielle pour la *successio in locum*.

Maintenant si nous avançons dans l'histoire, nous arriverons aux glossateurs. Nous sommes en pleine Renaissance, à l'époque où les études de droit romain prennent un grand développement. Il pénétrera dans le Midi de la France et il formera le droit commun de ces pays. Son influence ne manquera pas de s'exercer même sur le droit coutumier des pays du Nord.

Un travail prodigieux a été déployé par les glossateurs sur les textes de droit romain. Leurs annotations sont parfois diffi-

ciles à comprendre, mais elles sont intéressantes à connaître pour voir l'évolution des institutions de droit romain.

151. — Accurse (1) dans ses annotations sur le Digeste nous explique : « *Secundus creditor succedit tamen in privilegium personalium actionum* » et il distingue les cas du désintéressement du créancier hypothécaire. Après il continue : « *tunc ut ille cujus pecunia liberatur succedat in jus pignoris prioris creditoris quator sunt necessaria. Primum quod conveniat ut sint ei obligata. Item in locum primi succedat. Item ut ad hoc mutuet. Item requiritur ut ipsa pecunia perveniat ad primum creditorem. His quator intervenientibus succedit in locum primi ut possit vendere etiam si contrarium actum est : ut hac lege dicitur.* »

« *Item in privilegium personalium actionum, in quod forte et sine hoc succedit.* » (Annotations faites au Digeste 20. 3. 3.)

Quant à l'hypothèque acquise par celui qui a exercé la *successio in locum*, il croit que ce n'est pas l'ancienne hypothèque, mais que c'est une nouvelle.

Digeste 20. 5. 13. *Creditor tenetur jura cedere et possessionem tradere.*

Digeste 21. 2. 38. « *Creditor vendidit jure creditoris, ita quod evictione non tenetur : res evincitur emptori : quia non fuit debitoris : et sic habuerat creditor contra debitorem contrariam pignoratitiam pro eo, quod obligaverat ei rem alienam. licet ergo de evictione creditor emptore non teneatur, tenetur tamen cedere contrariam pignoratitiam cum ei nihil nocet. Venditor cogitur cedere actiones quae habet pro re vendita contra auctorem suum. Mirabile est quod cedit contrariam pignoratitiam actionem cum ea cedenti sit inutilis inquit, quod*

(1) Accursius : *Digestus vetus seu Pandectarum juris civilis*, T. I, p. 1928.

sine dispendio. Et patet cuique, quod creditoris nil intersit : cum debitor ab eo liberatus est. Potest dici, quod ante solutionem emptor convenit de cessione. »

Accurse voit une cession d'actions effectuée par l'exercice de la *successio in locum*. Sa faute a été de considérer que par cet exercice on acquiert une nouvelle hypothèque, chose qui a été remarquée par tous les auteurs postérieurs.

152. — *Cynus* (1) nous donne les mêmes explications : « *Casus in suma est, ubi res obligata pluribus diversis temporibus, si aliquis solvit pecuniam priori, propter hoc non succedit in locum suum, nisi hoc actum fuerit... Quod sine aliquo pacto secundus non succedat in locum prioris. Sed hic dubitatur, utrum succedat solum in jus pignoris, aut etiam in jus personalis actionis. Et videtur quod in jus pignoris tantum. Et si tu queris, quomodo stabit hypothecaria obligatio sine principali? Respondeo stabit sicut alias stat, sine causa secundum quosdam. Ubi dicit, jus pignoris etiam transit personalis et etiam pignus. Quod succedit in jus personalis quia potest impetrare per officium judicis cessionem. »*

Après avoir expliqué qu'il y a une succession aux droits hypothécaires, ainsi qu'aux actions personnelles il se demande qu'elle est l'hypothèque de celui qui a succédé et il dit : « *Nam illud jus hypothecarium quod erat penes primum, transit in istum emptorem, si hoc conveniat nam conveniri per speciem necesse est. »*

153. — *Placentin* (2) dans ses annotations est du même avis, qu'il y a une succession à tous les droits du créancier

(1) *Cynus* : *In codicem*, p. 496.

(2) *Placentinus* : *In codicis Justiniani*, p. 391.

payé et il dit pour le cas d'éviction : « *ut contrariam pignoratitiam quam habet contra debitorem emptori praestet.* »

Nous passons aux postglossateurs.

154. — Bartole (de Saxoferato). La donnée du problème : « *Creditor si secundus offerat primo, utrum succedat in jus primi. Et an tam in personali actione, quam hypothecaria.* »

Il répond : « *Secundus creditor in jus prioris creditoris non successit, nisi est actum : et cum actum est, succedit in pignus et in potestatem vendendi. Et prius quero, quando secundus creditor offert primo, utrum succedat in jus primi? Glo. dicit hic, sic absque aliquo pacto et ille primus cogitur recipere et si non recipit, sufficit oblatio, et consignatio, ita dici ibi, vide eam. Circa hoc dubitatur, utrum hoc sit verum tam in personali quam in hypothecaria. Videtur, in hypothecaria tantum. In contrarium videtur, quod etiam in personali et istud puto verum.* »

« *Secundo quero utrum extraneus solvendo primo creditor possit in locum ejus succedere? Glo. dicit, sic sed est necesse, quod pactum super hoc apponatur. Vide glo. Circa hoc, quod de extraneo dicit, est advertendum, nam extraneus quandoque solvit primo, tanquam emptor universitatis et tunc non est dubitum, quod succedit in personali et hypothecaria.* »

Quelle est l'action donnée au successeur? « *Quero numquid hypothecaria, quae datur secundo, sit eadem cum ea, quae datur primo. Glos. quae est hic, dicit quod non sed est alia similis naturae. Ego dico, quod est eadem vere, quia successit in hypothecaria primi cum omni suo jure et hic ex vigore illius vendere potuit.* »

Il dit qu'il ne faut pas s'étonner car les droits réels peuvent

(1) Bartolus de Saxoferato : *Commentaria in primam digesti veteris partem*, p. 188.

être séparés de nous et le droit hypothécaire est un droit réel. Cela résulte du pacte qui a été fait. Il insiste sur ce point : « *et ex praedictis apparet, quod si ille, qui pecuniam mutual ultimo, vellet in jus primi succedere et ipse novam hypothecam ex sua persona non haberet,... et ea quae dixi, quod idem est jus secundi, quod primi, intellige in jure pignoris* ».

Lorsqu'il parle de la vente du bien hypothéqué il discute sur les droits qu'il faut donner à l'acquéreur : « *Quero, quod jus est, quod creditor vendens cedere debet. Et dicit gl. jus suum hypothecae* ».

Cette chose lui semble contre les principes de droit, qu'on ne peut pas avoir hypothèque sur sa propre chose. Il s'explique : « *Primo, quod cedat jus, non ut dicatur res obligata sibi, sed ut possit rem loco pignoris retinere. Et propter hoc in quolibet contractu venditionis apponitur hodie pactum, quod venditor cedat omne jus, omnemque actionem, quod, vel quam habet in illa re, vel pro illa re* ».

Car il se peut bien que le vendeur ne soit pas en possession et pour se mettre en possession il se servira des droits du premier créancier ; mais s'il est en possession il lui faut transmettre la possession elle-même. « *Quod venditor cogitur cedere actiones, quas habet pro re vendita contra authorem suum. Quod illud quod prodest et non nocet venditori, impetratur de facili* ».

155. — Balde (de Ubaldi Perusinus) (1). Il s'explique comme Bartole, toujours avec les mêmes affirmations.

« *Quod ille qui habet hypothecam, successit in alia hypotheca prioris creditoris si ex pecunia illius secundi est solutum priori* ». Il se demande d'où vient le droit de vendre de celui qui a payé un créancier hypothécaire quand il n'avait pas ce

(1) Baldus de Ubaldi Perusinus : *In secundam digesti veteris partem comentaria*, Livr. XX, pp. 159 et 160.

droit. Il répond que du moment qu'il a succédé dans l'hypothèque du premier créancier, il a acquis ce droit, car ce droit est attaché à l'hypothèque. « *Quia istud pactum est accessorium hypothecae et succedens in principali succedit in accessorio. licet creditor non teneatur de evictione, tamen tenetur cedere jura, quia potest cedere etiam ex intervallo. Itaque quis tenetur facere quod sibi non nocet et alii prodest.* »

Il se réfère ensuite à un autre auteur Lambertum de Salinus et il dit : « *In textu ibi vendidit jure creditoris et ibi pignoratitia, quia pignoravit rem alienam et ibi, praestet et imo cedit. Quod hic ponit ratio, quare est introductum beneficium cedendarum.* ».

Il explique ensuite qu'il y a lieu en cas de *successio in locum* à un bénéfice de cession d'actions, basé toujours sur la même raison : « *Quod sibi non nocere et alii prodest.* ».

Nous allons voir maintenant les opinions des anciens auteurs français.

156. — Ch. Dumoulin (1) dans ses œuvres, expose ses idées sur la *successio in locum* et il démontre que par l'exercice de cette institution on acquiert tous les droits et les actions du créancier payé.

Le créancier vendeur est tenu de céder ses actions à l'acheteur. « *Ad quartum prompta est responsio, quod l. 1 in creditore* (il fait allusion à une loi) *loquitur in eo qui vendidit pignus jure creditoris : et sic licet non teneatur de evictione, ex defectu juris pignorantis, tamen tenetur praestare se creditorem fuisse, hoc est, tenetur ad limites juris pignoratitii, seu calitatis in qua vendidit : unde tenetur omne jus pignoratitium, quale habet, si est efficax, saltem contrariam pignoratitiam, quam in omnem eventum habet, contra debitorem*

(1) Ch. Dumoulin : *Tractatus commerciorum vel usurarum*, p. 320.

cedere emptori suo, ejusque indemnitati, quantum sine dispendio suo potest, consulere et ad hoc emptori suo, ex proprio contractu obligatus est, et in hoc emptor securus est fidem venditoris sui et plus creditor ad hoc tenetur etiam jure actionis. »

Il dit qu'il faut faire un pacte si on veut succéder au créancier hypothécaire et dans ce cas on a tous les droits de celui-ci. « *Tamen succedit in ipsum jus primi, saltem in jus simile et aeque potens... quia duntaxat novissimus iste loco primi subrogatur* ».

Il s'attache à cette idée et devient plus affirmatif. « *Sed his non obstantibus concludo pro priore parte affirmativa, quia veritas juris est, quod is, cui ex prefata necessitate juris fieri debet et fit cessio, non solum pignus et debitum suum confirmat, non solum succedit in jus et praerogativam hypothecae et privilegii personalis cedentis, pro summa ei numerata : sed etiam succedit in omne et tale jus, quod et quale competeat cedenti, et ad commodum et lucrum usurarum si debitum erat usurarium, tanquam in locum cedentis subrogatus et omnino eodem modo jure et effectum, quo cedens uti poterat, idque sive cessionarius sit unus ex creditoribus hypothecariis, sive unus ex fidejussoribus. Idem in creditore chirographario, si tamen eum possidet. Et generaliter idem in omni tam justo possessore, ut nullo interdicto possessorio potest ab eo possessio auferri* ».

Il se réfère au possesseur qui oblige le créancier payé à lui céder ses actions : « *sed etiam potest cogere creditorem ad cedendum sibi jura et actiones, quod justo demum possessori conceditur* ».

157. — *Cujas* (1) non moins que ses prédécesseurs exprime les mêmes opinions sur la *successio in locum*. Il atteste que

(1) *Cujas : Cujacii operum, T. II. Paratitla in libr. VIII, p. 542.*

par l'exercice de cette institution on acquiert tous les droits du créancier hypothécaire payé.

« *Sed de eo quoque tractatur in hoc tit. an hi quorum pecunia, cum creditores non essent, priores creditores hypothecarii dimittuntur, in locum eorum succedant : et ostenditur non eodem prorsus modo, quo posteriores creditores hypothecarios in locum priorum succedere eos, qui cum creditores non essent, pecuniam obtulerunt et solverunt prioribus creditoribus hypothecariis pro alio, vel ut his solveretur crediderunt debitori facienti versuram licet hoc ipso quod solvunt pro alio, vel ei credunt pecuniam, solvendi causa, incipiant esse creditores ex causa negotiorum gestorum vel ex causa mutui : nec enim succedunt in jus prioris quod illi habuerunt quos dimisserunt, nisi in solvenda pecunia, auctoritate judicis pignus in eo translatum sit, vel in credenda ea pacti sint, ut in eorum jus et locum succederent : quia tunc in priorum locumque succedunt, non ut posteriores quidem, in offerendo, ipso jure succedunt, ut initio dixi, sed ex auctoritate judicis, vel ex conventionem... non omnimodo, quia sane succedunt ut habeant actionem paulianam, quia illi habuerunt quos sua pecunia dimisserunt ex eorundem quorum est huius tituli et superioris prima lex,... ut habeant privilegium in actionibus personalibus, quod illi habuerunt ».* Il fait, ensuite, allusion à une loi. « *Jure successisti, sic interpretor, cessione et translatione pignoris facta auctoritate iudice, vel consensu debitoris, qui utique concessisse intelligitur, non tantum si nominatim convenerit ut cuius pecunia creditor dimitteretur, is subiret locum illius; verum etiam si debitor vendiderit rem pignori obligatam, ut ex pretio creditor dimitteretur ».* Il se réfère après au cas où le premier créancier n'a pas été désintéressé avec le prix et le *jus offerendi* reste entier aux créanciers postérieurs. Il fait aussi allusion à la constitution de l'an 209 des empereurs Sévère et Caracalla qui dit qu'en vain on l'invoque pour suc-

céder à la place du premier créancier si on n'a pas fait un pacte : « *frustra putas tibi auxilio opus esse constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis* ».

On remarque que Cujas croit que la *successio in locum* est donnée de plein droit aux créanciers postérieurs qui l'exercent par le *jus offerendi*. Ceux-ci n'ont pas besoin de faire un pacte. Pour les autres, il croit qu'il faut faire un pacte soit devant le juge, soit avec le débiteur.

Il se peut bien, comme nous l'avons déjà remarqué, qu'à l'époque de Cujas le *jus offerendi* soit donné de plein droit, car il paraît à cette époque tout à fait naturel que les créanciers postérieurs jouissent de ce droit.

Il parle du consentement du débiteur, mais il résulte aussi que le pacte était fait par le créancier hypothécaire, parce que autrement le transfert des droits de celui-ci n'aurait pas pu avoir lieu sans son consentement.

158. — *Ant. Negustanius* (1) dans son traité sur l'hypothèque nous dit : « *Intellige tamen, quod secundus succedit in jus primi creditoris, ut aliis praeferatur, quod ad creditum primi, in quod successit... amplia, ut non solum secundus creditor offerenti succedat in jus hypothecae prioris creditoris sed etiam succedit in jus personalis actionis. Sic secundus creditor post oblationem factam primo, poterit intentare tam hypothecariam quam personalem contra debitorem et ejus bona. amplia, ut praedicta procedant, etiam si prior creditor cui offertur per secundum, esse privilegiatus : puta, quia si sit Respublica quia isto casu secundus creditor potest ei offerre et in jus illius succedere.* »

« *Sed dubitatur an actio hypothecaria, quae datur secundo*

(1) Antonius Negustanius : *Tractatus de pignoribus et hipotecis*, p. 488.

creditori in locum primi, si eadem quae datur primo : et gloss. dicit, quod non esset in essentia, eadem, quia prima fuit subblata solutione : sed quod per omnia est ei similis, quasi quaedam fictione juris censetur eadem. Pro hoc etiam facit, quia secundum aliquos obligatio quae transit de defuncto in haeredem, non est eadem numero sed eadem specie : quia actio ita inhaeret ossibus illius, cui primo acquiritur, ut ab eo separatio non possit, ergo non potest dici eadem numero : sed quia haeres et defunctus reputantur juris fictione eadem persona. ideo justificatione dicitur eadem actio in specie. in hypothecaria quae non est adhaeret personae, quod in veritate et in essentia eadem transit secundum creditorem : quia cum secundus solvit, videtur magis solvere animo transferendi jus alienum in se, quasi sit quaedam permutatio, quam animo liberandi debitorem ».

Ici Negustanius par une démonstration très concrète nous explique comment l'action hypothécaire est transférée à celui qui a payé un créancier hypothécaire. Il fait une analogie très saisissante avec les actions du défunt qui passent à l'héritier.

Les actions du défunt sont attachées à sa personne comme si elles faisaient partie de son être « *ossibus illius* ». Cependant par une fiction de droit elles passent à l'héritier. Elles sont de la même espèce mais elles sont exercées par une deuxième personne.

Le même phénomène se produit dans le cas de *successio in locum*. La même action qui est de même espèce que l'action hypothécaire du créancier payé, par la même fiction de droit, passe au *succedens*.

Negustanius poursuit ses explications. « *Creditor secundus offerens primo succedit in jus hypothecae prioris creditoris succeditque in jus personalis actionis, absque cessione succedit in jus primis creditoris pro sorte quam ei obtulit, sed etiam pro usuris.* » Et il explique davantage. « *Non solus*

secundus creditor offerens succedit in jus hypothecae prioris creditoris sed etiam in jus personalis actionis. Ei offerens potest eum cogere ad cedendum sibi omnia jura. »

Quant à la situation d'un tiers qui paie avec son argent un créancier hypothécaire il dit : « *tunc ultra personalem actionem succedat et in jus hypothecae primi creditoris* ».

Il ne se contente pas de sa propre opinion et il invoque (1) l'avis de tous les grands maîtres de l'époque. Il dit : « *Ipse ceteris autem per me scriptis fateor elegantius et copiosius rem explicari potuisse et debuisse et facillime aliquos errores subesse posse (homo enim sum) et ideo omnia doctissimorum virorum correctioni subjicio et praeferim ad id requiro meos in hoc magistratu Rotae honorandos collegas. videlicet Gabrielem Calderonum, Marinum Ieneurum Rechanansem, Bernardinum Ruffum Furciensem, Eneam Ubaldum Perusinum, Neazarium Scopulum Mantuanum, doctrina, acumine ingenii, experientia, maturitate consilii, elegantia dicendi et sapientia nullis aliis huius nostrae etatis postponendos.* »

159. — *Francus Balduinus* (2) exprime les mêmes idées. Il est d'avis qu'en cas de *successio in locum* il y a une succession à l'action hypothécaire et aux actions personnelles. « *Praestat tamen pignoratitiam saltem actionem contrariam, quam contra debitorem, qui rem non suam pignori dedit.* » Il parle ici du cas d'éviction.

160. — *H. Doneau* (3) pose le problème de la même manière et il donne la même solution. Il parle aussi d'une action de mandat et d'une action *negotiorum gestorum*.

(1) *Tractatus illustrium : De contractibus licitis*. T. IV. pars I, p. 231.

(2) *Francus Balduinus : Tractatus illustrium. De contractibus licitis*, T. VI, pars I. De pignoribus et hipotecis, p. 277.

(3) *Hugo Doneelus : Comentarîi ad Codicem*. Livre VIII, Tit. XIX.

« *Tantum is, qui solvit, hac solutione id assequitur, ut quod solvitur, possit repetere a debitore, quem liberavit : non tamen quia negotium utiliter ad eo gestum. Ut autem repetat, consequitur aut mandati actionem, si mandato debitoris solvit, aut sine mandato actione negotiorum gestorum, quia utiliter in rem ejus impedit, quum eum liberat. Sed etsi circa emptio-
nem ita pecunia solverit creditori, ut idem pignus sibi obligaretur, rata erit conventio et in jus creditoris succedat.* »
Il poursuit : « *Eum qui primo succedere in pignus in duobus casibus. Placet autem eum, qui primo creditori solvit, quantum is prius nihil juris habuerit in pignore, tamen succedere in pignus et locum primi creditoris duobus casibus. Unus est si creditor ipsi solverit ex pacto, alter est si pignus emerit a debitore ea lege ut pretium ad creditorem pervenerit et pervenit. Eum qui in pignus successit creditoribus omnibus aliis in eo pignore esse potio-
rem, quemadmodum primus creditor esse potior, si pignus retinisset.* »

161. — A. Favre (1) dans son code nous donne les explications suivantes sur le titre XIX, livre VIII, du Code de Justinien :

« *Definitio I. In personalibus actionibus, qui postea contraxerunt, si pecunia eorum ad priores et privilegarios creditores pervenerit, in ipsorum jus et locum succedunt. Neque necesse est in id creditam esse pecuniam ab eo qui posterior contraxit, ut priori creditori solvatur. Sufficit enim ut ejus pecunia ad priorem pervenerit, sive statim et recta via, sive per ipsius debitoris personam dum ne ex intervallo.* »

« *Definitio II. Non idem est inter hypothecarios creditores contentatur. Non enim omnimodo et indistincte succedit in locum hypothecarii creditoris illi, quorum pecunia transit ad*

(1) A. Faber : *Codex Fabrianus definitionum*. Tit. IX, p. 998.

creditores. Nam si extraneus fuit, non creditor, is, qui priori solvit, non aliter in jus et locum ipsius succedere potest, ut secundo creditori praeferatur, quam si, expressim ita convenit ».

« *Definitio III. Illud utique constat, si priori creditori solutum sit ab ipso debitore, licet ex mea pecunia, nunquam posse me in prioris locum et pignus ob id solum quod pecunia mea ad illum pervenerit, sive creditor sim, si extraneus, sive incontinenti sive ex intervallo, debitor solverit. Nam nec sufficeret, ut inter me et debitorem convenisset, ut ex pecunia mea antecedens creditor dimitteretur. Quomodo enim fieri potest, ut in jus primi succedere debeam, qui ipse nihil conveni de pignore? Sed si de pignore convenerit, non sine ratione dicitur, satis id non esse, ut in jus primi succedere debeam, nisi de ea quoque expressim conventum sit. quum tamen ex contrario sufficiat convenisse, ut succedam in jus et locum creditoris, licet mihi convenerit de pignore. Quid enim aliud est in jus et locum creditori succedere, quam eadem et personalis et realis actionis jura retinere? »*

Dans les définitions V, VI, VII, VIII, il nous parle du bénéfice de cession d'actions qu'il faut accorder à celui qui exerce la *successio in locum*.

De même que lui, J.-C. Perez (1) dans ses commentaires sur le code de Justinien au livre VIII, tit. 19 nous parle d'un bénéfice de cession d'actions dans notre institution.

Ioan Fehl Gaildorphensis (2) dans ses commentaires sur la Digeste exprime les mêmes opinions sur la *successio in locum*.

162. — Denys Godefroy (3) parlant de la *successio in locum*

(1) J. C. Perez : *Praelectiones in duodecim libros codicis Justiniani*, T. II.

(2) Ioan Fehl Gaildorphensis : *Corpus juris civilis*, T. I.

(3) Gothofredus Dionysios : *Corpus juris civilis*, T. I, p. 628.

dit : « *Quoties secundus creditor in pignus primi creditoris succedere vult, non satis est, eum stipulari ut sua pecunia primus creditor dimittatur : hoc amplius exigitur, stipulari ut sibi pignus primi creditoris sit obligatum, seu in illud pignus substituatur. Jure vero primi creditoris et ut ejus successor, poterit : qua jus illud reale est hypothecaria, in rem parit actionem. In rem actiones, successoribus cohaerent et ad eos descendunt* ».

Dans le commentaire qu'il fait au fr. 13 D. 20. 5., il dit qu'il faut accorder un bénéfice de cession d'actions et il parle aussi de l'action hypothécaire qu'il faut céder : « *Id est, pignoratitiam actionem, vel hypothecariam* ».

Au Digeste 20. 4. 19, il dit : « *Omnis possessor justus, potest creditori pecuniam solvere et ab eo petere, ut actionem cedat.* »

Au D. 21. 2. 38 : « *Venditor tenetur actiones quas rei venditae nomine adversus auctorem suum habet, redere emptori quia pignoravit rem alienam* ». Il se réfère à Bartole et invoque les mêmes raisons que lui pour accorder le bénéfice de cession d'action : « *Cedendarum actionum necessitas et equitas* ».

163. — Reinhardus Bachovius (1) parle des cas de *successio in locum* dans les termes suivants : « *Si priores creditores sint dimissi et submoti, an et quatenus sequentes aut alii in eorum locum succedant et eorum jure utantur* », et il nous montre qu'il faut faire un pacte.

Pour l'acheteur, il dit qu'il a la *rei vindicatio* et cependant il faut lui donner aussi l'*actio hypothecaria* du créancier payé : « *Vero emptori actio hypothecaria necessaria videtur, cum jure communi tanquam dominus possit uti speciali rei vindicatio.*

(1) Reinhardus Bachovius : *Tractatus de pignoribus et hypothecis absolutissimus*, p. 340 et p. 350.

Qua, si amissa forte possessione experiatur contra secundum et hic de pignore excipiat, crediderim exceptionem hanc ellai posse replicatione emptoris, quod pecunia ab ipso numerata ad creditorem pervenerit, quod si factum non fuisse, creditor secundus in suo ordine mansisset : ut hactenus videatur quasi jus prioris creditoris in emptorem translatum et emptor hac consideratione jure quodam creditoris et pignoris se tueri possit ».

« Quod posterior offerendo, pignus suum confirmet, priori inutilem esse hypothecariam actionem, cum per eum stet, quominus pecuniam habet. Et ita solvens creditor secundus confirmat pignus et jus suum et tale jus consequitur quale habuit is cui solvit, non tantum, in summam, quam ipse credidit debitori sed etiam in pecuniam, quam creditori priori solvit : in hanc quoniam illi succedit : in illam, quia priori submoto, ipse jam incipit esse primus : ponimus enim secundum creditorem et proximum a primo pecuniam solvisse. Et consequitur adeo hic tertius creditor jus et naturam ejus creditoris, qui solus initio primo et post tertio loco post aliam pecuniam credidit ».

Ainsi que nous le voyons, Bachovius estime que par la *successio in locum* on a les mêmes droits que le créancier désintéressé. Il ne faut pas nous étonner quand il dit que lorsqu'un créancier postérieur a exercé le *jus offerendi*, il acquiert la première place tant pour la somme qu'il a payée au créancier désintéressé, que pour sa propre créance, car il s'agit ici du second créancier. Naturellement celui-ci ayant payé le premier créancier devient premier en rang tant pour sa créance propre que pour la créance qu'il a payée, car entre lui et le premier créancier payé, il n'existe plus personne. Du reste, à la fin du texte, il nous dit que si le troisième créancier hypothécaire paie le premier, il aura une créance en premier rang pour la somme payée, pour le désintéressement du premier et une autre créance en troisième rang qui est son ancienne créance.

Nous verrons maintenant comment la *successio in locum* a été considérée dans l'ancien droit français. Il faut remarquer qu'elle a été toujours traitée dans le chapitre de la subrogation. Nous citerons en ce sens les opinions de quelques anciens auteurs français.

164 — *Ch. Loyseau* (1), dans son traité « Des Offices », remarque d'abord la grande importance de la subrogation en matière d'hypothèque et il continue après, en nous montrant les différentes manières par lesquelles on peut être subrogé. « Si celui qui veut acquérir le privilège ou l'ancienne hypothèque, a baillé directement son argent à l'ancien créancier, il n'est point subrogé en ses droits sans expresse cession d'action; car jamais une action ne passe sans cession et souvent cette cession est opérée par le juge. Et en cas de paiement par un créancier postérieur, il y a une exception, il est dès l'instant subrogé par la loi aux droits d'icelle, sans qu'il soit besoin de cession expresse d'action, parce qu'il est réputé avoir fait ce paiement pour assurer sa dette postérieure et pour devenir premier et principal créancier ».

Il dit après que cette manière de voir les choses n'est pas observée en France et que même pour le *jus offerendi*, il faut une cession d'actions expresse, si on veut succéder aux droits du premier : « Toutefois nous ne l'observons pas en France, mais nous permettons à tous créanciers indifféremment de faire décréter l'hypothèque : c'est pourquoi ils n'ont pas besoin d'offrir le paiement au premier créancier et partant l'ayant fait, ils n'entrent point en ses droits, s'ils n'en ont cession ». « Comme aussi chacun est d'accord, qu'y ayant eu cession de droits faits lors du paiement à qui que ce soit, celui à qui elle est faite, à toutes les prérogatives de l'ancienne

(1) Ch. Loyseau : *Des offices*, Livre III, chap. 8, p. 62.

dette... Le créancier n'est tenu de faire icelle à l'étranger, s'il ne veut, car bien qu'il ne puisse refuser de recevoir sa dette pour libérer le débiteur, si est-ce qu'il n'est tenu de la vendre à un autre ».

Donc, Loyseau est d'avis que par la *successio in locum*, on acquiert tous les droits et prérogatives du créancier payé. Il fallait avoir une cession d'actions pour jouir de ces droits. La pratique de son temps était très exigeante et même là où il y avait une cession d'actions légale — par exemple en cas de *jus offérendi* — il fallait avoir une cession expresse. Il n'admet pas que cette cession d'actions — comme d'ailleurs les textes romains aussi — soit faite par le débiteur.

165. — Un auteur qui s'est beaucoup occupé de la subrogation dans l'ancien droit français, c'est *Renusson* (1). Il nous enseigne qu'à son époque la *subrogatio* en matière d'hypothèque contenait une cession d'actions. « Quand un tiers est poursuivi par un créancier de son vendeur antérieur à son acquisition et qu'il est obligé, ou de laisser et déguerpir l'héritage par lui acquis ou de payer le créancier par lequel il est poursuivi, on a demandé si payant un créancier pour se conserver la possession de la chose par lui acquise et ne le pas déguerpir, il sera subrogé de plein droit au créancier, encore qu'il ne stipule pas la subrogation lors du paiement ».

Plus loin, il dit que cette subrogation est la même que celle qui se produisait en droit romain. Il s'appuie sur le Code de Justinien, VIII, 18, 3, et sur Cujas.

« La *subrogatio*, dit-il, fait entrer le subrogé au lieu et place du créancier et fait passer la dette du créancier en la personne du subrogé avec tous ses accessoires. La dette qui a été acquit-

(1) *Renusson* : *De la Subrogation*. ch. V, N° 2, ch. IV, N° 20 et 2, ch. I, N° 12.

tée des deniers du subrogé peut produire au profit du subrogé la même utilité et les mêmes avantages qu'elle aurait produit au créancier « *eadem hypotheca et idem ipsum pignus et jus omne quod in eo pignore habuit prior creditor, transissey in posteriorem intelligitur* », dit M. Cujas. Aussi Dumoulin ».

Au chapitre IV, n° 20, il dit sur le *jus offerendi* : « Puisque notre usage s'est conformé au droit romain touchant le droit d'offrir et que le créancier postérieur a la faculté de payer le créancier antérieur, il a pareillement été trouvé juste par notre usage comme par le droit romain, comme créancier postérieur qui payait l'antérieur, lui succédât de plein droit sans stipulation, ni convention. Cette jurisprudence étant fondée en raison et équité, a toujours été observée, parmi nous comme très juste et très raisonnable. Tous nos docteurs français en conviennent. Maître Ch. Dumoulin, la présuppose comme certaine; de même maître Julien Brodeau ».

166. — *Henri Basnage* (1), dans ses commentaires sur la coutume de Normandie, nous explique d'abord comment se passaient les choses en droit romain et il nous présente la subrogation de son temps toujours par analogie avec la *successio in locum* du droit romain.

« Suivant le droit romain, le plus ancien créancier avait seul le droit de vendre le gage; cela obligeait souvent le créancier postérieur à le rembourser pour s'en rendre maître, et par ce moyen il entraînait en son lieu et place et *exerçait tous ses droits*; c'est ce que le droit appelle « *in locum priorum creditorum succedere* »; mais au lieu de cette façon de parler, nous nous servons des termes de subroger et de subrogation.

« La subrogation n'est autre chose que le changement

(1) *Henri Gasnage : Commentaires sur la coutume de Normandie et son traité des hypothèques*, A la fin du T. II, p. 76.

d'un créancier en un autre créancier, « *subrogatio est transfusio unius creditoris in alium* » et par cette mutation ou transfusion les droits du créancier qui est payé, passent à l'autre qui a fourni les deniers pour le paiement ».

Il explique plus loin la nature de cette subrogation.

« Il ne suffit pas toujours de payer un ancien créancier pour entrer en sa place de plein droit et sans aucune convention ni stipulation : car quoiqu'il semble que pour la facilité du commerce, l'on doive induire naturellement cette succession ou subrogation et qu'en tout cas la loi la doive suppléer; toutefois à parler proprement ce n'est pas l'effet ordinaire du paiement d'acquérir ou de donner une hypothèque mais bien plutôt de faire cesser et d'éteindre la dette : d'où il s'ensuit que le paiement que l'on fait d'une dette, n'est pas un moyen propre et naturel pour produire une subrogation parce qu'il n'y a plus d'obligation qui subsiste ».

A cette hypothèse, il répond de la manière suivante : « Mais puisque nonobstant la subtilité du droit, la dette n'est pas tellement éteinte par le paiement, que celui qui fournit les deniers pour cet effet, ne puisse être subrogé au droit du créancier; et qu'au contraire le créancier qui est remboursé, transfère la créance avec tous les accessoires au profit d'une tierce personne, pour le prix du remboursement qu'elle lui en fait ».

Parlant des effets de la subrogation, il dit : « Enfin l'effet de la subrogation est, que quand il y a eu cession de droits faite à qui que ce soit, soit à un étranger ou à un créancier postérieur, à un tiers détenteur, à un confidejusseur ou un coobligé, le cessionnaire à toutes les prérogatives de l'ancienne dette ».

Il continue : « Ce que je viens de dire, que le cessionnaire a toutes les prérogatives de l'ancienne dette et que le subrogé

peut exercer tous les droits, actions et hypothèques du subrogeant, est généralement vrai à l'égard de la subrogation conventionnelle; suivant cette maxime par un arrêt rapporté dans la septième partie du Journal du Palais, il a été jugé, qu'une personne étrangère non obligée à une dette dûe solidairement par plusieurs débiteurs, l'ayant payée à l'acquit de tous les débiteurs et ayant pris du créancier une subrogation de tous ses droits, noms, raisons, actions et hypothèques, pouvait exercer cette subrogation générale sur tous les obligés, même sur l'un d'eux qui s'était obligé d'acquitter les autres ».

Plus loin, il dit : « Il y a eu un règlement fait au parlement de Paris, le 6 de juillet 1690 par lequel la cour, toutes les Chambres assemblées, après avoir délibéré sur les articles présentés par les Gens du Roi, a arrêté et ordonné, tout le bon plaisir dudit Seigneur Roi; que pour succéder et être subrogé aux actions, droits, hypothèques et privilèges d'un ancien créancier sur les biens de tous ceux qui sont obligés à la dette, ou de leurs cautions et pour avoir droit de les exercer ainsi et en la manière que les dits créanciers l'auraient pu faire, il suffit que les deniers du nouveau créancier soient fournis à l'un des débiteurs, avec stipulation faite par acte passé devant notaires, qui précède le paiement..., que celui qui prête, sera subrogé aux droits dudit ancien créancier et que dans la quittance, sera aussi passé par devant notaires... La compagnie suivra cette jurisprudence dans toutes les occasions qui s'en présenteront; ordonner que le présent Arrêt sera envoyé aux Baillages et Sénéchaussées de Ressort pour y être pareillement observé.

Fait à Paris, le 6 de juillet 1690 ».

Par conséquent, à l'époque de Basnage, la *successio in locum* avait le nom de subrogation. Celui qui l'exerce jouit d'un bénéfice de cession d'actions et il l'assimile au fidéjus-

seur. La condition imposée d'après les espèces qu'il nous présente et d'après le règlement de 1690, est de faire un acte devant le notaire par lequel on faisait la cession d'actions.

167. — *Julien Brodeau* (1) dans ses commentaires sur *George Louët* nous présente plusieurs arrêts concernant la subrogation en matière d'hypothèque.

Un gendre avait payé une dette de son beau-père à un créancier hypothécaire premier en rang. Le gendre avait demandé la cession d'actions de ce premier créancier deux ans après. La cession lui avait été accordée. Est-elle valable?

« On a demandé au Procès de l'Epine, du Buat, et de Segraye, ladite du Buat ayant payé, suivant son contrat de mariage à Vassé, 433 écus à un tiers pour acquitter une obligation de pareille femme de laquelle Jean de l'Epine son père était obligé par contrat de 1573 et n'ayant eu cession des actions dudit Vassé,, que deux ans après le paiement et remboursement, si cette cession était valable au préjudice des créanciers subsequens à l'hypothèque l'année 1573. La question tombait sur la difficulté de la loi *Modestinus, solutione omnis tollitur obligatio, post solutionem nullus creditor : imo nil penes creditorem remanet.* »

Mais la glosse dit de faire cette distinction, « *aut solutio facta est nomine debitoris et tunc nulla cessio admittitur aut nomine suo seu solventis, et tunc valet cessio facta etiam ex intervallo; aut simpliciter fit, tunc cessio fieri debet incontinenti* ».

En s'appuyant sur cet argument ainsi que sur les lois 1 et 3 du Code de Justinien, VIII, 18, il donne la solution affirmative à l'espèce présentée plus haut « dans le cas présenté

(1) *Julien Brodeau : Sur Georges Louët. Recueil de plusieurs arrêts notables de tous les Parlements et Cours souveraines de France, T. I, p. 318.*

plus haut, dit-il, la cession faite après deux ans, *ex intervallo*, a été jugée bonne et valable par Arrêt du 28 février 1600 ».

Parlant du cas de *successio in locum* d'un étranger qui a prêté de l'argent avec stipulation de prendre la place du créancier désintéressé, il dit qu'il succède à ses droits à la suite de la cession faite. Il invoque l'autorité de Cujas, Loyseau, Dumoulin, etc...

Il présente des arrêts du 15 janvier 1605, d'après lesquels on a jugé que celui qui « baille » les deniers à un débiteur pour en acquitter le plus ancien des créanciers et convient de succéder à ce créancier, est préférable à tous les autres par la subrogation qui a eu lieu.

De même l'Arrêt du 20 juin 1592, du 12 août 1600 et les lettres patentes du roi Henri IV données en 1609 sur le même sujet.

La même chose se passe « si quelqu'un achète un héritage hypothéqué à charge de payer les plus anciens créanciers, il entre de plein droit à leur place et droits d'hypothèque pour se défendre contre les autres créanciers subséquents ».

Ces dispositions sont confirmées par les Arrêts de 1622 et 1644, procès de la Dame Anne de Laval et Philippe et Dominique de Fossez.

« Il faut observer à cet égard, dit-il, que par un arrêt de la Cour du 6 juillet 1690 (que nous avons cité plus haut) rapporté au Journal du Palais et au Journal des audiences, il est dit que pour succéder et être subrogé aux actions, droits, hypothèques, privilèges d'un ancien créancier sur les biens de tous ceux qui sont obligés à la dette, ou de leurs cautions, il suffit que les deniers du même créancier soient fournis à l'un des débiteurs avec stipulation, par devant notaires, qui précède le paiement, ou qui soit de même date, que le débiteur emploiera lesdits deniers au paiement de l'ancien créancier, que celui qui prête sera subrogé aux droits dudit ancien créancier;

et que dans la quittance ou dans l'acte qui en tiendra lieu, lesquels seront aussi passez devant notaire, il soit fait mention que le remboursement a été fait de deniers fournis à cet égard par le nouveau créancier, sans qu'il soit besoin que la subrogation soit consentie par l'ancien créancier, ni par les autres débiteurs et cautions, ou qu'elles soient ordonnées par la justice ».

Tout ce qui intéresse dans la subrogation hypothécaire, d'après Brodeau, est de faire un acte, devant le notaire, par lequel on stipule la cession des droits du créancier payé. Cette subrogation tend à devenir légale car il n'y a pas besoin du consentement du créancier, ni du débiteur.

168. — *M. Domat* (1), dans le chapitre de la subrogation à l'hypothèque ou au privilège du créancier, définit cette subrogation ainsi : « La subrogation dont on parle ici, n'est autre chose que ce changement qui met une autre personne au lieu du créancier et qui fait que le droit, l'hypothèque, le privilège qu'un créancier pouvait avoir passent à la personne qui lui est subrogée, c'est-à-dire qui entre dans son droit ».

Il fait après mention des cas de subrogation en cette matière : « Lorsqu'un débiteur emprunte de l'argent pour payer sa dette, lorsqu'un créancier postérieur paie un créancier antérieur et la subrogation de l'acquéreur. Pour avoir cette subrogation, il faut faire un acte dans lequel il faut insérer la subrogation. Il s'appuie sur la loi 1 du Code VIII, 18.

« Celui qui paye un créancier privilégié, succède à son privilège, soit par le transport consenti par le créancier, ou par le juge, ou par une convention avec le débiteur ».

« Celui qui étant déjà créancier, acquitte un autre créan-

(1) *M. Domat : Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre III, sect. VI, tit. I, p. 240.

cier antérieur du même débiteur, succède à son hypothèque, encore qu'il n'y ait ni convention, ni subrogation ».

« L'acquéreur d'un héritage employant le prix de son acquisition au paiement des créanciers à qui cet héritage était hypothéqué, est subrogé à leur droit, jusqu'à concurrence de ce qu'il leur paie ».

Donc pour Domat la subrogation hypothécaire se produit en vertu d'une convention entre parties, sauf pour le cas de *jus offerendi* qui se produit de plein droit.

169. — Nous arrivons maintenant à *Pothier* (1). Dans ses commentaires sur les Pandectes de Justinien il s'exprime de la manière suivante sur la *successio in locum* : « *Qui pecuniam supeditavit ut priori creditori solvatur, ea lege ut in pignus huius prioris creditoris succedat, solutione priori creditori facta, in jus huius succedit et mediis creditoribus praeferitur* ».

Il s'appuie sur Marcien D. 20. 4. 12. 8 et D. 20. 4. 12. 9.

Il attire l'attention sur ce que, pour succéder, il faut faire un pacte « *ea lege* » et il invoque en ce sens Cod. 8. 18. 1. et 7. 73. 3. et aussi D. 20. 3. 3. « *qui consonat* » avec Cod. 8. 18. 2.

Il explique que l'acheteur du bien hypothéqué ne peut pas avoir une hypothèque sur sa propre chose, par l'exercice de la *successio in locum*. Il montre quelle est la raison : « *Emptor rei pigneratae cujus pecunia prior creditor dimissus est ut in jus ejus succederet, proprie non habet eam rem pignori; cum res sua nemini pignori esse possit. Tamen perinde eum tuetur praetor adversus posteriores creditores, atque tueretur priorem creditorem in cujus jus successit, si tamen ea lege solvit* ».

(1) Pothier : *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae ; cum legibus codicis et novellis*, T. I, p. 570.

La même chose se passe pour un possesseur du bien hypothéqué qui paie le créancier hypothécaire. « *Ceterum possessor qui creditori exsolvit, ita demum in jus ejus succedit si ea lege solverit* ». D. 20. 4. 12. 1.

« *Est adhuc casus in quo quis in jus prioris creditoris succedit. Potest enim secundus creditor offerendo priori quod ipsi debetur, in jus ejus succedere* ». Cod. 8. 18. 4.

En cas d'éviction de l'acquéreur, celui-ci possède les actions du créancier payé. « *Tamen hoc saltem consequetur, ut ipsi creditor suas actiones cedat. Ita docet Ulpianus D. 21. 2. 38. Eatenus ejus interesse, quatenus erga emptorem obligatus est et actionem eo nomine cedere* ».

Après avoir expliqué que la *successio in locum* en droit romain contenait un bénéfice de cession d'actions, comme nous l'avons vu, il nous montre comment se passaient les choses à son époque, dans son traité sur la coutume d'Orléans. Il dit (1) : « La subrogation a lieu de plein droit lorsque le créancier postérieur, pour assurer son hypothèque, paie le créancier antérieur : cette subrogation est fondée sur la loi 4 Cod. VIII, 18. D'ailleurs la volonté d'acquérir la subrogation aux droits de ce créancier antérieur n'est pas en ce cas douteuse pour le créancier postérieur qui le paie. Car il ne peut avoir d'autres intérêts de payer que pour acquérir cette subrogation. Ce droit d'offrir est accordé seulement au créancier hypothécaire; le simple chirographaire n'ayant de droit que contre la personne de son débiteur et n'en ayant aucun sur ses biens ».

« Lorsqu'un tiers détenteur pour éviter le délai de son héritage, paie un créancier hypothécaire, il a bien le droit de requérir la subrogation; mais lorsqu'il ne l'a pas requise il n'y a aucune loi qui le subroge de plein droit, dans l'espèce

(1), Pothier : *Coutumes d'Orléans. Introduction au titre XX. N° 72 et 73.*

de la loi 3 Cod. 8. 18, le tiers acquéreur avait acquis avec la clause que le prix de son acquisition serait employé à payer un créancier hypothécaire et c'est en vertu de cette clause qu'il acquiert la subrogation ».

Il continue après : « Il faut néanmoins que dans nos usages et suivant l'avis des auteurs, le tiers détenteur qui paie un créancier hypothécaire sans requérir la subrogation, n'est pas à la vérité subrogé à tous les droits et hypothèques du créancier, comme il le serait s'il l'eût requise; mais il les exerce au moins sur l'héritage dont il est détenteur contre les créanciers postérieurs à celui qu'il a payé; ce qui peut être fondé sur ce, qu'en acquittant l'hypothèque de cet ancien créancier, *meliolem facit in eo fundo caeterorum creditorum pignoris causam*; ce qui lui donne contre eux *exceptionem doli*, pour retenir ce qu'il a payé *dolo enim faciunt si velint cum ejus damno locupletari*; il en est de même en ce cas lorsqu'il a amélioré l'héritage ».

Il résulte de tout ce que Pothier nous dit, que même à son époque il y avait un bénéfice de cession d'actions en cas de *successio in locum*. Cette subrogation devait être demandée par une convention. Elle était accordée de plein droit en cas de *jus offerendi*.

170. — Si nous jetons un coup d'œil sur l'exposé historique que nous venons de faire, une remarque s'impose. Les commentateurs du droit romain traitent la *successio in locum* séparément, il lui assignent la même place que les auteurs romains, au chapitre de l'hypothèque, tandis que les civilistes, anciens auteurs français, la traitent dans le chapitre de la subrogation. Cette manière de voir les choses s'explique par deux raisons : a) Les commentateurs ne faisaient autre chose que de suivre les textes romains parce qu'ils s'en tenaient à la simple interprétation du droit romain. Les civi-

listes cherchaient au contraire, à donner une explication pratique aux textes, à faire des théories qui dérogeaient à l'ordre des textes romains. *b*) Les commentateurs gardaient la même place à la *successio in locum* parce qu'ils lui donnaient la même nature juridique que les Romains : un bénéfice de cession d'actions (de droits), tandis que les civilistes français tendent plutôt vers l'évolution à laquelle est arrivée la *successio in locum* et la subrogation en général, une cession de créance, comme elle a passé dans le code de Napoléon.

Cette remarque nous amène à diviser notre exposé historique en trois parties, d'après les caractères qu'elles présentent.

171. — Une première partie comprend tous les commentateurs et même les anciens auteurs français. Elle se caractérise par ceci que la nature juridique de la *successio in locum* est considérée comme une cession d'actions (de droits). Nous avons très bien vu que tous parlent d'une cession des actions hypothécaires aussi bien que des actions personnelles. A Favre exprime très clairement la manière de voir la *successio in locum* (1). « *Quid enim aliud est in jus et locum creditoris succedere, quam eadem et personalis et realis actionis jura retinere* ».

172. — La deuxième partie est représentée par quelques auteurs français. Elle se distingue par le fait que le *jus offerendi* est accordé de plein droit. « *Quid illud procederet, quando secundus creditor, quia etiam est creditor hypothecarius vel justus possessor offert et solvit priori : quo casu etiam sine pacto expresso succedit in jus illius, tanquam ab eo habens causam seu cessionem expressam vel tacitam* », dit Dumoulin (2).

(1) A. Faber : *op. cit.*, Def. III.

(2) Ch. Dumoulin : *op. cit.*, N° 276.

Si la cession est accordée par le débiteur, il paraît que nous sommes en présence d'une cession même de la créance de l'ancien créancier hypothécaire, « *et sic vides quod iste secundus creditor nullam causam habet a primo, sed solam causam habet a debitore : et tamen succedit in ipsum jus primi, saltem in jus simile et aeque potens* » dit aussi Dumoulin.

Il semble surprenant qu'une cession de créance ou d'actions puisse être faite par le débiteur. Cela ne peut avoir qu'une raison d'utilité, car juridiquement cette chose est inconcevable. Il y a cependant une explication historique.

Sous l'ancien droit, le prêt à intérêt était prohibé. Les capitalistes plaçaient leur argent au moyen de rentes constituées. Au temps des guerres de religion, le taux des rentes avait été fixé au denier douze, c'est-à-dire au douzième du capital, soit $8\frac{1}{3}\%$, ordonné par un édit de 1576. Pendant le règne de Henri IV, la paix ramena la prospérité et le taux des rentes s'abaisse; un édit de 1601 le fixa au denier seize ($6\frac{1}{4}\%$). Les débiteurs, qui avaient contracté sous l'empire de l'édit de 1576, cherchaient donc à faire de nouveaux emprunts au denier seize, pour rembourser leurs anciens créanciers et diminuer leurs charges.

Mais les capitalistes à qui ils demandaient des fonds, voulaient des garanties et la plupart des débiteurs, obérés et grevés d'hypothèques successives, ne pouvaient leur en donner de nouvelles qui fussent efficaces; il aurait fallu transmettre aux nouveaux créanciers les hypothèques des anciens, qui étant vieilles, avaient un rang excellent. Mais les premiers prêteurs, qui connaissaient cette situation et qui tenaient à conserver leurs rentes au denier douze, refusaient de consentir la subrogation, parce que, une fois remboursés, il ne leur aurait plus été possible de trouver un nouveau placement qu'au taux réduit par l'édit de 1601. Un

grand nombre de débiteurs se trouvaient donc, par la mauvaise volonté de leurs créanciers, dans l'impossibilité de profiter de l'amélioration survenue dans les conditions économiques du pays. Le gouvernement les tira d'embarras, en leur permettant de consentir eux-mêmes la subrogation que leurs créanciers s'obstinaient à refuser. Ce fut l'objet d'un édit du mois de mai 1609. Le Parlement de Paris rendit plus tard sur la même matière un arrêt de règlement, du 6 juillet 1690.

Telle (1) est l'origine de cette subrogation contraire à tous les principes, qui cependant n'a jamais été mise en question depuis qu'elle a été inventée. Non seulement elle n'a jamais été discutée, mais elle a été confirmée par le Code civil de Napoléon dans l'article 1250 paragraphe 2. Il est très rare que cette disposition soit appliquée en pratique, car le créancier sachant que sa résistance peut être vaincue, fait lui-même la cession de la créance.

Loyseau (2) fait, paraît-il, la même distinction quant à la nature de la cession parce qu'il dit « qu'il faut considérer que cette action du second créancier n'est pas tout à fait la même que celle qu'avait le premier; mais une autre toute pareille que le droit subroge au lieu d'icelle ».

Par conséquent, cette partie se caractérise par le fait que la subrogation faite par le *jus offerendi* se faisait de plein droit et par le fait que la subrogation peut être consentie aussi par le débiteur. Quant à la nature juridique de la subrogation elle tend à devenir une cession de créance, elle n'est plus une cession de droits.

173. — La troisième partie représente la période qui s'étend après l'édit de Henri IV en 1609 et qui se caractérise

(1) Planiol et Ripert : *Cours élémentaire de droit civil*, T. II, p. 172.

(2) Loyseau : *op. cit.*, N° 80.

par ceci, que la matière de la subrogation en cas de *successio in locum* est unifiée. Elle a lieu de plein droit dans tous les cas. « Ceux qui fourniraient leurs deniers au débiteur, avec stipulation expresse de pouvoir succéder aux hypothèques des créanciers qui seraient acquittés de leurs deniers, seraient et demeurerait subrogés de droit aux droits, hypothèques, noms, raisons et actions des anciens créanciers, sans autre cession et transport d'iceux », dit l'édit.

Mais Loyseau et Basnage (1) qui écrivent à la même époque, exigent une cession faite devant le notaire, et Loyseau dit que même en cas de *jus offerendi*, il fallait faire une cession expresse. Il se peut que la règle ordonnée par l'édit n'ait pas été observée dans toute la France et qu'il y ait eu des résistances.

Cette résistance fut faible car Remusson parle de la subrogation de plein droit. « Nos lois n'ont admis de subrogation de différentes natures, celle qui se fait de plein droit et celle qui vient de la convention ont même effet et font passer également au subrogé les droits du créancier qui a été payé. La dette ne change pas de nature, elle passe avec ses accessoires, au subrogé. Cela est confirmé par l'ordonnance du roi Henri IV ».

Pothier dit la même chose. Il invoque l'ordonnance de Henri IV. Domat (2) est du même avis. Il dit : « Pour acquérir sans autorité de justice, le droit d'un créancier et son hypothèque, il suffit que celui qui paie le créancier, prenne son transport, ou qu'il convienne avec le débiteur, payant pour lui, il sera subrogé ». Donc, à cette époque la subrogation hypothécaire se faisait de plein droit. La nature juridique paraît être celle d'une cession de créance, car elle est con-

(1) Voir l'exposé historique.

(2) Domat : *op. cit.*, Livr. 3, tit. I, sect. 6.

sentie par le débiteur et en suivant l'évolution qui se produit, cette manière de voir la subrogation hypothécaire est consacrée par le Code de Napoléon qui la considère comme une cession de créance.

De tout ce que nous avons exposé dans cette partie historique, il en résulte qu'aucun auteur après Justinien et jusque vers la moitié du xix^e siècle, n'a vu dans la *successio in locum*, une succession seulement au rang hypothécaire. Ils ont tous considéré qu'il s'agit d'une succession à tous les droits du créancier payé.

Cinquième Partie

Conclusion

CONCLUSION

Nous nous sommes proposés dans cette étude de démontrer que la nature juridique de la *successio in locum* n'est pas seulement une succession au rang hypothécaire comme croient les partisans de la théorie actuelle, mais qu'elle contient aussi une succession à tous les droits et moyens de défense du créancier payé.

Nous avons exposé d'abord le mécanisme de fonctionnement de cette institution, ensuite nous avons analysé les textes de droit romain pour dégager la nature juridique.

Nous avons vu que ces textes parlent d'une cession de droits hypothécaires et personnels.

Pour confirmer nos affirmations nous avons fait aussi un exposé historique en montrant les opinions des anciens sur la *successio in locum*. Tous absolument voient dans cette institution une cession d'actions. Les commentateurs qui s'occupent seulement du droit romain et qui font l'exégèse de ce droit, nous démontrent qu'il s'agit d'une cession de tous les droits du créancier hypothécaire payé.

Les civilistes français nous ont montré l'évolution de cette institution dans le droit français : le *jus offerendi* procure une subrogation de plein droit, la nature juridique commence à être considérée comme une cession de créance, enfin subrogation de plein droit dans tous les cas. Tout le monde était d'accord lorsque vers la moitié du xix^e siècle, des théories

allemandes sont apparues. C'est le résultat du pandectisme de cette époque, qui a proposé nombre de théories sur les institutions du droit romain.

Nous avons réfuté toutes ces théories sur la nature juridique de la *successio in locum* et nous avons essayé de rétablir la vérité en nous basant sur les textes romains et sur les opinions des anciens auteurs qui ont si bien étudié ces textes.

Nous persistons à croire que cette institution n'a pas été étudiée d'une manière approfondie par les auteurs modernes, car autrement ils auraient été saisis par les expressions claires des textes et par les renseignements si précieux que l'histoire nous offre. Ils ont copié les uns après les autres les affirmations faites par un prétendu fondateur d'une théorie, sans chercher à vérifier ses affirmations. C'est ainsi qu'on peut s'expliquer l'erreur répétée couramment concernant le cas de novation, où on dit qu'il y a une *successio in locum* par changement de débiteur en se basant sur D. 20. 4. 3. et h. t. 12. 5. qui n'en parlent point.

Nos auteurs modernes n'ont pas voulu accorder à la *successio in locum* un sens plus extensif craignant, en lui accordant un bénéfice de cession d'actions, de lui accorder trop. Ils considéraient le droit romain comme trop jeune pour lui accorder un tel perfectionnement qui dénoterait une technique appréciable. Il ne faut pas oublier que la théorie de l'hypothèque entière a été construite aux ^{II}^e et ^{III}^e siècles, par des esprits libres et avisés en droit, par les jurisconsultes classiques qui gardent la première place dans l'admiration de tous.

Il fallait sentir cette chose et la *successio in locum* nous en offre l'occasion. Naturellement ils ne sont plus liés au formalisme antique et ils ont donné une interprétation plus libérale.

Comment enlever ce caractère de perfectionnement — perfectionnement relatif, bien entendu — au droit romain? Ne

trouvons-nous pas aujourd'hui l'origine de presque toutes nos institutions juridiques dans le droit romain? Ce serait nier la majesté de ce droit qui dirige le monde entier et contester l'existence de notre droit actuel qui nous conduit avec une parfaite régularité, grâce à ses empreintes juridiques romaines.

Nous estimons que les auteurs modernes ont été poussés par le désir de construire des théories et de marquer des différences entre le droit moderne et le droit romain, en se passant surtout des renseignements que l'histoire nous apprend.

Ils ont oublié que l'étude de l'histoire est le meilleur moyen de se préserver des utopies, d'écarter la fantaisie, les tentatives téméraires que rien ne prépare et n'autorise.

Nous ne pensons enlever par cela aucun mérite et respect à nos prédécesseurs qui ont essayé de façonner les doctrines courantes et de forger les instruments scientifiques modernes. Nous estimons seulement qu'ils se sont trompés dans ce cas.

« Dans la collaboration continue à la même œuvre toutes les générations sont solidaires. Aussi personne n'est libre de se soustraire au devoir de reconnaissance envers les maîtres qui l'ont instruit, par la parole ou par le livre. Les divergences d'opinions, condition nécessaire de progrès, ne changent rien aux sentiments de gratitude que chacun doit professer pour les vieux juristes comme pour ses maîtres directs » (1).

Paris, le 20 octobre 1931.
Le Président de la Thèse,
P. COLLINET.

Vu : Le Doyen,
H. BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY

(1) P. Collinet : *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, T. I, p. 31. Préface générale.

Bibliographie

BIBLIOGRAPHIE

- Accarias. — *Précis de droit romain* (T. I).
Accursius. — *Digestum vetus seu Pandectarum juris civilis* (T. I.).
Bachovius Reinhardus. — *Tractatus de pignoribus et hypothecis absolutissimus*.
Balduinus Francus. — *Tractatus illustrium. De contractibus licitis* (T. IV).
Baldus de Ubaldis Perusinus. — *In secundam Digesti veteris partem commentaria*.
Bartholus de Saxoferato. — *In primam Digesti veteris partem commentaria*.
Basiliques Ed. Heimbach. —
Basnage (H.). — *Commentaire sur la coutume de Normandie* (Traité des hypothèques, T. II).
Beauregard. — *Les origines de la subrogation* (Thèse, Paris, 1876).
Beck. — *Dissertatio de successione creditorum*.
Becman. — *De successione creditoris in alterius et sui ipsius locum*.
Beraut. — *Commentaire sur la coutume de Normandie*.
Béranger. — *Novelles de Justinien*.
Berghoff. — *Dissertatio de successione hypothecaria*.
Blachez (R.). — *De la priorité en matière hypothécaire et ses effets* (Thèse, Paris, 1891).
Bonfante. — *Istituzioni di diritto romano*.
Brissonius. — *De verborum juris significatione*.
Brodeau (Jul.). — *Commentaire sur Louët. Recueil de plusieurs arrêts notables de tous les parlements et cours souveraines de France*.
Cassan (P.). — *Jus offerendae pecuniae* (Thèse, Toulouse, 1893).
Chachuat (E.). — *Des origines romaines de la subrogation légale accordée à l'acquéreur* (Thèse, Lyon, 1889).
Chadel (L.). — *Du jus distrahendi dans la fiducie, le gage et l'hypothèque* (Thèse, Paris, 1902).
Chassaneus. — *Coutume du Duché de Bourgogne*.
Cheminat (T.). — *Successio in locum creditoris* (Thèse, Paris, 1886).

- Collinet (P.) et Giffard (A.). — *Précis de droit romain* (T. II).
Collinet (P.). — 1. *Le rôle de la doctrine et de la pratique dans le développement du droit romain privé au Bas-Empire.*
2. *Etudes historiques sur le droit de Justinien* (T. I.)
3. *Cours de Pandectes, professé à la Faculté de Droit de Paris* (année 1928-1929).
Cujas. — 1. *Cujacii operum* (T. II. Paratitla in l. VIII).
2. *Tractatus illustrium. De contractibus licitis* (T. IV).
Cuq (Ed.). — *Institutions juridiques des Romains* (T. I.).
Cynus. — *Commentarium in codicem.*
Delvas (G.). — *Pignus nominis* (Thèse, Paris, 1892).
Demolombe. — *Contrats* (T. IV).
Dernburg. — *Das Pfandrecht* (T. II).
Dethau (G.). — *De jure offerendae pecuniae* (Thèse, Paris, 1889).
Domat (M.). — *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (Livr. III).
Donellus (H.). — *Commentarium ad codicem* (Livr. VIII).
Dumoulin (Ch.). — *Tractatus commerciorum et usurarum.*
Faber (Ant.). — *Codex Fabrianus. Definitiones* (Tit. IX).
Fitting (H. H.). — 1. *Summa Codicis* (Berlin, 1894).
2. *Lo Codi* (Halle, 1906).
Flach (J.). — *De la subrogation réelle.*
Gauthier. — *La subrogation des personnes ou du paiement avec subrogation.*
Gide (P.). — *Etude sur la novation et le transport des créances en droit romain.*
Girard. — *Manuel de droit romain.*
Glück (Chr. Fr.). — *Commentar in Pandecten* (Liv. 19).
Godefroy. — *Successio in locum creditoris* (Thèse, Paris, 1888).
Gothofredus Dionisyos. — *Corpus juris civilis* (T. I.).
Haënel (G.). — 1. *Codices Theodosianus, Hermogenianus et Gregorianus.*
2. *Lex Romana Wisigothorum* (Lipsiae, 1849).
Hardy. — *Successio in locum creditoris* (Thèse, Paris, 1893).
Haubold. — *De jure offerendi.*
Herzen (N.). — *Le concours de plusieurs hypothèques et Digeste*
20. 3. 3.
Hubert (E.). — *Du droit de vendre du créancier hypothécaire* (Thèse, Toulouse, 1892).
Hulot. — *La clef des lois romaines ou dictionnaire de droit romain.*
Ioan Fehl Gaildorphenensis. — *Corpus juris civilis.*
Jourdan. — *Traité de l'hypothèque.*
Labbé (E.-J.). — *Ortalan. Explication* (Ap. XII).
Lévy-Bruhl (H.). — *Revue des études latines* (1924).
Loyseau (Ch.). — *Traité des offices* (Livr. III).
Menochius (J.). — *De arbitriis judicium. Questionibus et causis.*

- Mesnier (R.). — *De l'hypothèque sur la chose d'autrui* (Thèse, Paris, 1889).
- Meynial. — *L'histoire du droit privé* (Cours professé à la Faculté de droit de Paris pendant l'année 1930-1931).
- Mourlon (J.). — *Nature et effets de la subrogation*.
- Mühlenbruch. — *Cession*.
- Mycieski. — *De jure offerendi origine*.
- Negustanius (A.). — 1. *Tractatus de pignoribus et hypothecis*.
2. *Tractatus illustrium. De contractibus licitis* (T. IV, pars I).
- Perez (J. C.). — *Codex Justiniani* (T. II).
- Pertz (H.). — *Monumenta Germaniae* (Tom. III), *Lex Romana Burgundiorum*.
- Pellat. — *Traduction des livres XX et XIII*.
- Petit. — *Manuel du droit romain*.
- Placentinus. — *Commentarium in codicem*.
- Planiol et Ripert. — *Cours élémentaire de droit civil* (T. II).
- Pothier. — 1. *Coutume d'Orléans. — Introduction au titre XX*. —
2. *Les Pandectes de Justinien dans un nouvel ordre*.
- Renusson. — *De la subrogation* (Chapitre V).
- Savigny (Fr. C.). — *Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter* (T. II, ap. I).
- Schaeffer de Ios. — *Dissertatio de successione in hypotheca ex pacto cum debitore initio*.
- Schilling (Fr. Ad.). — *Du droit de gage* (Traduction Pellat).
- Vangerow. — *Lehrbuch der Pandekten*.
- Voet. — *Commentarium ad Pandectam*.
- Windscheid. — *Lehrbuch des Pandektenrechts* (T. I.).

Table des Matières

Introduction	7
--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

L'EVOLUTION DE LA NOTION DE GARANTIE REELLE A ROME

PREMIER CHAPITRE. — Caractère des garanties des obligations dans l'ancien droit. — Quelques considérations sur l'application des garanties personnelles et réelles	13
DEUXIÈME CHAPITRE. — Exposé historique sur la formation de la notion de l'hypothèque	20
<i>Première section.</i> — Dans l'ancien droit	20
<i>Deuxième section.</i> — A l'époque classique	25
<i>Troisième section.</i> — Sous Justinien	29
<i>Quatrième section.</i> — Création de la <i>successio in locum</i> à l'époque classique.	30

DEUXIÈME PARTIE

LES CAS DE SUCCESSIO IN LOCUM, — EXPOSITION DOGMATIQUE

CHAPITRE PREMIER. — Un tiers prête de l'argent pour désintéresser un créancier hypothécaire	39
DEUXIÈME CHAPITRE. — Cas d'acquisition du bien hypothéqué par un tiers. — Le prix d'achat a servi à désintéresser le premier créancier.....	45
<i>Première section.</i> — Du droit de vendre du créancier hypothécaire. — L'hypothèque au profit du propriétaire sur sa propre chose ..	46
<i>Deuxième section.</i> — Mécanisme de fonctionnement de la <i>successio in locum</i> en cas de vente. — Conditions requises	56
<i>Troisième section.</i> — L'étendue et les effets de la <i>successio in locum</i> au profit de l'acquéreur	61
TROISIÈME CHAPITRE. — Le troisième cas de <i>successio in locum</i> : <i>Jus offerendi</i> et <i>succedendi</i>	69
<i>Première section.</i> — Définition. — Caractère. — Utilité	70
<i>Deuxième section.</i> — Qui peut exercer le <i>jus offerendi</i> et <i>succedendi</i> ..	75
<i>Troisième section.</i> — Conditions d'exercice du <i>jus offerendi</i>	87
<i>Quatrième section.</i> — Contre qui peut être exercé le <i>jus offerendi</i> ..	89
<i>Cinquième section.</i> — Les effets du <i>jus offerendi</i> et <i>succedendi</i>	94
<i>Sixième section.</i> — L'extinction du <i>jus offerendi</i>	98
QUATRIÈME CHAPITRE. — La <i>successio in locum</i> en cas de novation	99

TOISIÈME PARTIE

LA NATURE JURIDIQUE DE LA SUCCESSIO IN LOCUM

PREMIER CHAPITRE. — Exposition dogmatique. — Etude critique et exégétique	107
DEUXIÈME CHAPITRE. — L'esprit général du droit romain	163

QUATRIÈME PARTIE

EXPOSE HISTORIQUE

CINQUIÈME PARTIE

LA CONCLUSION

